ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

37

Ano 10 • janeiro-março 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. 37 • janeiro-março 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
Coordenadora de Revistas: ORIENE PAVAN

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

É com imensa satisfação que apresentamos o número 37 da Revista Brasileira de Ciências Criminais, cumprindo uma vez mais – e pontualmente – o compromisso assumido com os associados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e com todos os demais estudiosos das áreas afetas ao fenômeno penal.

No mesmo sentido em que vêm sendo dirigidos nossos trabalhos desde o primeiro número da Revista, iniciamos o ano com uma Revista consistente, robusta, aberta à colaboração de profissionais e de estudantes das mais diversas áreas de atuação, a fim de preservar o caráter multidisciplinar e o intuito de capacitação e de atualização dos estudiosos no amplo campo das ciências criminais. Não sem razão, a exemplo, a escolha de artigo sobre o direito penal no ordenamento comunitário e suas relações com os ordenamentos internos. Também, pela importância e atualidade, foram selecionados dois artigos sobre o Tribunal Penal Internacional, tema que vem sendo debatido em universidades e parlamentos do mundo todo, dada a iminência de sua instalação. Além de profundos estudos de dogmática de direito penal, apresentam-se temas relativos à execução das penas, à revisão criminal, ao direito ambiental, às questões penais que envolvem crianças e adolescentes, e à atuação dos órgãos de persecução penal. Temas ainda pouco estudados como o da transmissão da Aids, e o do papel da vítima numa visão necessariamente humanista do sistema penal, são outros entre aqueles escolhidos para garantir a amplitude do debate que se pretende. Enfim, o texto que nos remete a uma visão crítica do direito penal moderno dentro de um Estado democrático, e que reafirma nossas propostas desde a fundação do IBCCrim.

A Revista é o espelho do IBCCrim: espaço de estudos e de debates democráticos, onde todas as tendências são prestigiadas, todas as intervenções são submetidas à discussão, enfim, um espaço de debates acadêmicos e de crítica científica. Debates e críticas cada vez mais necessários, a fim de que, seguindo a visão de Ferrajoli, possamos prosseguir na busca de respostas às questões fulcrais do sistema punitivo: se, por que, como e quando castigar? Se, por que, quando e como proibir? Se, por que, quando e como julgar?

Para reflexão, debate e crítica, oferecemos mais esta Revista.

A Diretoria da Revista

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional – JOÃO MANUEL DA SILVA MIGUEL 11

1.2 Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder – Uma valoração crítica e ulteriores contribuições – KAI AMBOS 43

1.3 La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas – KLAUS TIEDEMANN 73

1.4 Tribunais Penais Internacionais: "etapas de um caminho" ou "astros em constelação"? (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma) – PEDRO CAEIRO 98

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 Execução criminal – EDUARDO PEREIRA SANTOS 107

2.2 Âmbito cognitivo da revisão criminal, quando fundada no art. 621, I, segunda hipótese, do CPP – MARIA ALICE SILVA MORAES 120

2.3 Democracia e cidadania no Brasil – MIGUEL REALE JÚNIOR 137

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal – MARCELO LEONARDO 153

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1 Infrações praticadas por adolescentes em Ribeirão Preto (SP) – ANA PAULA SOARES DA SILVA e MARIA CLOTILDE ROSSETTI-FERREIRA 169

4.2 Medidas sócio-educativas – LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL 191

5. CRIMINOLOGIA

5.1 Aspectos jurídico-penais da transmissão da Aids – ANDREI ZENKNER SCHMIDT 209

5.2 Vitimologia e direitos humanos – EDUARDO MAYR 235

6. POLÍCIA E DIREITO

6.1 São ilegais os "procedimentos investigatórios" realizados pelo Ministério Público Federal – JOSÉ CARLOS FRAGOSO 241

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1 Redução da imputabilidade penal – Ineficácia social e impossibilidade constitucional – ADRIANA ALVES LOCHE e ANTONIO JOSÉ MAFFEZOLI LEITE 253

7.2 A geometria da lei: uma entrevista com Donald Black – HELENA SINGER, MARCELO GOMES JUSTO e ANDREA BUENO BUORO 261

8. ANTIGÜIDADE DE DIREITO CRIMINAL

8.1 As causas de justificação de crimes e o utilitarismo no Código Criminal do Império – MARCO ANTONIO DE BARROS 277

9. JURISPRUDÊNCIA

9.1 Jurisprudência comentada

9.1.1 Porte de droga para consumo imediato. Aticipicidade – ALBERTO ZACHARIAS TORON 299

9.2 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR, FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO e MIRELLA PARREIRA IACONELLI 309

10. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

10.1 Lei 10.300, de 31.10.2001 – Proíbe o emprego, o desenvolvimento, a fabricação, a comercialização, a importação, a exportação, a aquisição, a estocagem, a retenção ou a transferência, direta ou indiretamente, de minas terrestres antipessoal 335

10.2 Lei 10.303, de 31.10.2001 – Altera e acrescenta dispositivos na Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários 336

10.3 Lei 10.409, de 11.01.2002 – Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências (Mensagem 25, de 11.01.2002) 338

10.4 Decreto 4.011, de 13.11.2001 – Concede indulto, comuta penas e dá outras providências 358

11. RESENHAS

11.1 *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag* (Estudos em homenagem a Claus Roxin, por seu 70.º aniversário) – Resenha por LUIS GRECO 363

11.2 OTTENHOF, Reynald (Compilador). *La individualización de la pena. Saleilles en la actualidad. (L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui.)* Toulouse : Érès, 2001. 286p – Resenha por ANTONIO BERISTAIN 376

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 379

COLABORADORES

ADRIANA ALVES LOCHE

Socióloga. Mestranda pelo Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP-SP.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Advogado criminalista em São Paulo. Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ex-Presidente do IBCCrim e do Conselho Estadual de Entorpecentes em São Paulo.

ANA PAULA SOARES DA SILVA

Psicóloga. Mestre e Doutoranda em Psicologia pela FFCLRP-USP. Professora Assistente do Departamento de Psicologia e Educação da FFCLRP-USP.

ANDREA BUENO BUORO

Mestre em Antropologia pela Universidade de São Paulo.

ANDREI ZENKNER SCHMIDT

Advogado. Mestre em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Penal na Escola Superior da Magistratura, na Escola Superior da Defensoria Pública e na Escola Superior da Advocacia. Conselheiro Penitenciário no Estado do Rio Grande do Sul e Conselheiro do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais.

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático Emérito de Derecho Penal. Universidade del País Vasco – San Sebastián.

ANTONIO JOSÉ MAFFEZOLI LEITE

Procurador do Estado. Secretário-Geral do Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo.

EDUARDO PEREIRA SANTOS

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

EDUARDO MAYR

Magistrado e Professor.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado Criminalista em São Paulo.

HELENA SINGER

Doutora em Sociologia pela Universidade de São Paulo. Pesquisadora do Instituto de Estudos em Direitos, Política e Sociedades.

JOÃO MANUEL DA SILVA MIGUEL

Vice-Procurador-Geral da República de Portugal. Membro da Delegação Portuguesa da Comissão Preparatória do Tribunal Penal Internacional.

JOSÉ CARLOS FRAGOSO

Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito Cândido Mendes – Ipanema-RJ. Advogado Criminal.

KAI AMBOS

Privatdozent Dr. iur (Univ. Munich). Coordenador Referente Científico do Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional (Freiburg i. Br.). Encarregado das seções de Direito Penal Internacional e Hispanoamérica. Assistente Científico (Professor Assistente) da Universidade de Freiburg.

KLAUS TIEDEMANN

Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia e Direito Penal Comparado da Universidad Albert-Ludwing e do Instituto de Criminologia e Direito Penal Econômico de Freiburg.

LUIS GRECO

Ex-Professor Substituto de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestrando na Ludwig Maximilians Universität, Munique, Alemanha.

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Juiz de Direito em São Paulo.

MARCELO LEONARDO

Advogado Criminalista. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Penal de Economia da Fundação Getúlio Vargas. Presidente da OAB/MG.

MARCELO GOMES JUSTO

Sociólogo. Pesquisador do Núcleo Interdisciplinar de Estudos do Imaginário e da Memória da Universidade de São Paulo, do IEDIS. Doutorando em Geografia Humana pela Universidade de São Paulo.

MARCO ANTONIO DE BARROS

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Coordenador do Curso de Direito UniFMU. Professor universitário.

MARIA ALICE SILVA MORAES

Bacharel em Direito.

MARIA CLOTILDE ROSSETTI-FERREIRA

Filósofa. Psicóloga Clínica. Professora Titular do Departamento de Psicologia e Educação da FFCLRP-USP.

MIGUEL REALE JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

MIRELLA PARREIRA IACONELLI

Advogada Criminalista em São Paulo.

PEDRO CAEIRO

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Advogado Criminalista em São Paulo. Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 38 • abril-junho • 2002

• Da reclamação
Ada Pellegrini Grinover

• A teoria da imputação objetiva
Claus Roxin

• Notas sobre o projeto referente ao inquérito policial
José Barcelos de Souza

• Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas – O caso da Clínica Santa Genoveva
Nilo Batista

• Esquema agravatorio de la Ley de Seguridad Ciudadana (16.707, del 12.07.1995) – Modificativa del Codigo Penal Uruguayo
Raúl Cervini

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

JOÃO MANUEL DA SILVA MIGUEL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Tribunal Penal Internacional: génese – 3. Uma perspectiva de Ministério Público – 4. O Gabinete do Procurador como órgão do Tribunal: 4.1 Independência do Gabinete do Procurador; 4.2 Procurador e procuradores-adjuntos: candidatura, forma de eleição e duração do mandato; 4.3 Estatuto remuneratório; 4.4 Incompatibilidades e impedimentos, escusas e recusas; 4.5 Cessação de funções. 4.6 Responsabilidade disciplinar – 5. O procurador e o inquérito: o princípio da oficialidade: 5.1 Aquisição da notícia do crime e pressupostos da decisão de abertura de inquérito e de exercício da acção penal; 5.2 Previsão normativa; 5.3 Dever de investigar *à charge et à décharge*; 5.4 Realização de diligências no território do Estado Parte e o dever de protecção de pessoas – 6. Intervenção do procurador na fase de julgamento – 7. Recurso da decisão final, da pena, de decisão interlocutória e recurso de revisão de sentença condenatória ou da pena: intervenção do procurador – 8. O procurador e a execução das decisões – 9. O procurador e a cooperação internacional e o auxílio judiciário – 10. Infracções à administração da justiça – 11. Considerações finais.

Resumo: O texto analisa as atribuições do Ministério Público no Tribunal Penal Internacional, previstas no Estatuto de Roma, e transmite uma projeção dinâmica daquilo que se espera da conduta do procurador, como depositário da confiança de comunidade internacional.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional – Estatuto de Roma – Ministério Público.

1. Introdução

É esparsa a literatura jurídica portuguesa sobre o Ministério Público no Tribunal penal internacional.

A magistratura do Ministério Público, ou "magistratura de pé" por contraposição à magistratura judicial, designada por "magistratura senta-

da",[1] com um diversificado e polimórfico complexo de atribuições consoante a tradição cultural do país em que se insere, projecta-se, sobretudo, nos domínios do direito penal e do processo penal, onde se tutelam valores fundamentais da sociedade e que, violados, àquele compete investigar e reprimir com vista à imposição de uma reacção criminal.

Esta entidade do Estado na qual, em regra, se deposita o monopólio do exercício da acção penal estrutura-se internamente segundo modelos que satisfaçam tais objectivos, devendo gozar de um grau de autonomia em relação aos outros órgãos do Estado em tudo semelhante à independência que caracteriza a magistratura judicial, reafirmado num estatuto funcional que permita o exercício de funções ao abrigo de quaisquer pressões internas ou externas.

Consciente do papel do Ministério Público no sistema de justiça penal, o Conselho da Europa adoptou a Recomendação REC(2000)19,[2] contendo um conjunto de princípios comuns que recomendam que os Estados membros observem na modelação do seu direito interno sobre a matéria.

A comunidade internacional, ao convergir para a criação de um Tribunal Penal Internacional, dotou esta instituição de um órgão que, na sua estrutura, atribuições, competências e estatuto funcional, participa das características essenciais do Ministério Público, de raiz napoleónica.

Este texto, já inserido nos *Estudos de homenagem a Cunha Rodrigues*,[3] o Procurador-Geral da República cessante, ele próprio um estudioso do Ministério Público como ninguém e ao qual muito se deve do edifício jurídico em que esta magistratura hoje se estrutura em Portugal, pretende mostrar não só a estática do Ministério Público no Tribunal Penal Internacional incorporada no articulado do Estatuto de Roma, mas também transmitir dele uma projecção dinâmica, naquilo que se espera que o procurador, em quem são depositadas as funções próprias de Ministério Público, venha a ser, dando-se testemunho, por um lado, das tensões em que se desenvolveram as negociações e, por outro lado, do complexo de competências, direitos e deveres que lhe foram outorgados para, como depositário da confiança da comunidade internacional, se pautar como um órgão de justiça, batendo-se pela condenação dos culpados e pela absolvição dos inocentes.

(1) Os conceitos *magistratura de pé* e *magistratura sentada* são a tradução literal das expressões francesas *magistature debut* e *magistrature assise*, que classificam cada uma das magistraturas.

(2) Aprovada pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa, em 06.10.2000. Pode ser consultada nas línguas oficiais do Conselho da Europa no *site* <http://cm.coe.int/ta/rec/2000/200r19.htm> e, em português, no *site* da Procuradoria-Geral da República <http://www.pgr.pt>, na entrada "Instituições internacionais".

(3) Apenas alterado em aspectos circunstanciais, no que respeita à actualização de referências informativas.

2. Tribunal Penal Internacional: génese

O Tribunal Penal Internacional, criado em Roma em 1998, tem competência para julgar crimes de genocídio, contra a paz e humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão.[4]

Não era nova a ideia de criar uma instância internacional para julgar os crimes mais graves cometidos contra a humanidade. Afirma-se que Gustave Moynier, um dos fundadores da Cruz Vermelha em 1872, foi um dos primeiros a evocar essa necessidade.

E, no entanto, até à criação de um tribunal penal internacional permanente foi preciso ocorrer a I Guerra Mundial, que, afinal, não foi "a guerra que iria pôr fim a todas as guerras", e a comunidade internacional viver uma 2.ª Guerra Mundial poucos anos após e, depois desta, até ao dealbar do milénio, "cerca de 250 conflitos armados internos, regionais e internacionais, os quais, juntamente com as violações aos direitos humanos perpetrados por regimes repressivos, terão causado entre 70 e 170 milhões de mortos".[5]

Desde a I Guerra Mundial, afirma Cheriff Bassiouni, os pedidos de justiça levaram à criação de cinco comissões de inquérito internacionais[6] e de quatro tribunais internacionais[7] que receberam o apoio dos governos, movidos por razões humanistas e por considerações de que mecanismos de responsabilidade penal internacional são importantes para manter a ordem mundial e restaurar a paz.

(4) Art. 5.º, n. 1, do Estatuto do Tribunal, aprovado no dia 18.07.1998, com 120 votos a favor, 7 contra e 21 abstenções. Quanto ao crime de agressão, a jurisdição do Tribunal ocorrerá quando, como se refere no n. 3 deste preceito, se acordar quanto à sua definição e às condições do exercício da jurisdição. Sobre os crimes de guerra, o Estatuto prevê no art. 124.º uma moratória de sete anos depois da entrada em vigor do Estatuto para os Estados que declarem não aceitar a jurisdição nas condições mencionadas nesse artigo.

(5) M. Cheriff Bassiouni. "Cour Pénale Internationale", *Revue Internationale de Droit Penal*, 71ème année, 1.º e 2.º semestres de 2000, Érès, p. 1.

(6) São as seguintes: Comissão de 1919 sobre as responsabilidades dos autores da guerra e a aplicação das penas; Comissão das Nações Unidas de Crimes de Guerra de 1943; Comissão de 1946 para o Extremo Oriente; Comissão de Peritos de 1992, criada em execução da Resolução 780 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, para investigar os crimes de guerra e outras violações ao direito humanitário internacional na ex-Jugoslávia, e a Comissão Independente de Peritos de 1994, criada em aplicação da Resolução 935 (1994) do Conselho de Segurança das Nações Unidas, para investigar graves violações do direito internacional humanitário no território do Ruanda.

(7) Que a seguir se discriminam: Tribunal Militar Internacional para julgar os grandes criminosos de guerra no teatro europeu (1945); Tribunal Militar Internacional para julgar os grandes criminosos de guerra do Extremo Oriente (1946); o Tribunal Penal para a ex-Jugoslávia (1993); e o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (1994).

Trata-se, todavia, de instituições *ad hoc*, que não respondem a necessidades fundamentais da comunidade internacional, por reagirem selectivamente e apenas sobre algumas das atrocidades ocorridas, deixando sem resposta outras de igual desvalor. Tenha-se presente que para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda foram criados tribunais *ad hoc*, o mesmo não acontecendo relativamente a outras violações do direito internacional humanitário ocorridas no Cambodja[8] ou, mais recentemente, na Serra Leoa.

Este estado de coisas é reconhecido no preâmbulo do Estatuto do Tribunal Penal Internacional quando afirma que, "neste século, milhões de crianças, mulheres e homens foram vítimas de atrocidades que desafiam a imaginação e afrontam profundamente a consciência da humanidade", "constituindo tais crimes uma ameaça para a paz, a segurança e o bem estar da humanidade". Por isso, os Estados "decidiram pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e contribuir para prevenir a prática de futuros crimes através da instituição de um Tribunal internacional penal permanente e ligado ao sistema das Nações Unidas, com competência sobre os crimes mais graves que ofendem toda a comunidade internacional".

A aprovação do Estatuto do Tribunal, no termo dos trabalhos da Conferência Diplomática convocada para o efeito, foi o *terminus* de mais uma das etapas de um longo processo iniciado muitos anos antes, e que conheceu forte aceleração dos trabalhos a partir de 1994, com a instituição do comité *ad hoc* para a criação do Tribunal Penal Internacional, e prosseguiu, depois, com o Comité Preparatório para a Criação do Tribunal Penal Internacional, que reuniu na sede das Nações Unidas, de 1996 a 1998, em cumprimento do mandato conferido pela Assembleia Geral, e que culminou na apresentação de um texto consolidado à Conferência Diplomática.[9]

A aprovação do Estatuto do Tribunal não esgotou os trabalhos relativos à criação da superestrutura jurídica do Tribunal, que prosseguem, agora, no âmbito da Comissão Preparatória, aprovada pela Resolução F,[10] adoptada na Acta Final da Conferência Diplomática para a Criação de um Tribunal Penal Internacional,

(8) As autoridades deste País e as Nações Unidas vêm negociando a criação de um Tribunal internacional para julgar os líderes mais destacados, pela prática dos crimes contra a humanidade cometidos neste País.

(9) Uma compilação de todos os textos oficiais das Nações Unidas, contendo o projecto de estatuto apresentado pela Comissão de Direito Internacional e os relatórios do Comité *Ad-Hoc* e do Comité Preparatório para a Criação do Tribunal Internacional, incluindo o projecto de Estatuto submetido à Conferência Diplomática, pode consultar-se em "International Criminal Court: compilation of United Nations Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference", edição de M. Cheriff Bassiouni, publicado por *No peace whithout justice*, Roma, 1998.

(10) Documento oficial A/Conf.183/9. No mesmo documento estipulava-se que a Comissão seria convocada tão cedo quanto possível pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, na data que viesse a ser definida pela Assembleia Geral. Nos dois anos seguintes foram calendarizadas seis sessões, em regra com a duração de três semanas cada uma.

constituída pelos países que assinaram a Acta Final e outros Estados convidados para o efeito, com vista à preparação de propostas para os acertos práticos da instalação e entrada em funcionamento do Tribunal, e que, entre outras, deveria finalizar propostas de regulamento processual e de definição dos elementos dos crimes.

O regulamento processual, que também incorpora normas de natureza estatutária e processual relativas ao Ministério Público, e a definição dos elementos dos crimes tinham um termo para ser concluídos, o mês de Junho de 2000, e vieram a ser ultimados no prazo estabelecido.[11]

Os documentos produzidos ao longo do caminho percorrido habilitam-nos a reter uma percepção circunstanciada e fundamentada dos debates que se estabeleceram no seio das negociações e a fixar uma imagem detalhada sobre o estatuto e atribuições do Ministério Público no Tribunal Penal Internacional.[12]

3. Uma perspectiva de Ministério Público

A aplicação da lei penal é uma função exclusiva do Estado, emanação da sua soberania.

(11) Nos termos da mesma Resolução F, as negociações prosseguem, agora, tendo em vista estabelecer projectos de documentos sobre as seguintes matérias: acordo de relacionamento entre o Tribunal e as Nações Unidas; princípios básicos que devem reger o acordo de sede a ser negociado entre o Tribunal e o País anfitrião (Holanda); normas e regras de financiamento; acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal; o orçamento para o primeiro ano económico; e o regulamento processual da Assembleia dos Estados Partes.

(12) É escassa a doutrina portuguesa versando sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Assinalam-se, apenas, alguns textos, de caracter fragmentário ou de divulgação: António Maria Pereira, "Tribunal Criminal Internacional poderá actuar dentro de 4 anos", *Forum Justitiae*, Direito & Sociedade, Ano I, n. 1, Junho de 1999, p. 55 e 56; as comunicações apresentadas no âmbito das 1.as Jornadas de Direito Internacional Público, realizadas em 14 e 15.01.1999, a publicar sob os auspícios do Ministério dos Negócios Estrangeiros; e Maria Leonor Machado Esteves de Campos e Assunção, "De como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional certifica um novo modelo de direito penal", *RBCCrim* 30, Ano 8, abr.-jun. 2000, p. 31 *et seq.* Sobre o projecto de estatuto, veja-se Assunção do Vale Pereira, "Problemas de um projecto de criação de um Tribunal Internacional Criminal: as pré-condições para o exercício da jurisdição", *Revista Jurídica da Universidade Portucalense* 1, Porto, 1998, p. 31-48.

A doutrina estrangeira sobre o Estatuto é já bastante extensa, destacando-se, entre outra e por ordem cronológica, de entre as obras que analisam o Estatuto na sua globalidade, de forma descritiva, analítica, comentada ou anotada, as seguintes: M. Cheriff Bassiouni, *Cour Pénale Internationale*, cit. nota 5, p. 1-41; Hassan Chourk e Kai Ambos, *Tribunal Penal Internacional*, São Paulo, Brasil, RT, 2000; William Bourdon e Emmanuelle Duverger, *La Cour Pénale Internationale – Le Satut de Rome*, Paris, Éditions du Seuil, 2000; Roy S. Lee (compilação) em cooperação com "The

O exercício da acção penal, uma das manifestações da função punitiva, é confiado em regra a uma entidade qualificada, que desempenha papel relevante nos sistemas de justiça penal, assumindo em muitos casos uma natureza de monopólio.

Na Europa, surpreende-se um conceito que se pode denominar de dualista, "um, inspirado no modelo francês de 'Ministério Público', confiando o quase monopólio do exercício da acção penal a entes públicos num quadro inquisitorial, e, outro, o modelo anglo-saxónico, no qual a acção penal é normalmente exercida pela polícia ou pela vítima num quadro acusatório", para usar linguagem da Recomendação do Conselho da Europa 2000(19).[13]

Project on International Courts and Tribunals", *The International Criminal Court – The making of the Rome Statute, issues, negotiations, results*, London, Boston, Kluwer Law International, The Hague, 1999, doravante designado por *The making of the Rome Statute*; Otto Triffterer (Compilação), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Germany, Nomos, 1999, doravante designado por *Commentary on the Rome Statute*; Cheriff Bassiouni, "Introduzione a la Corte Penale Internazionale", *Lo Statuto de La Corte Penale Internazionale*, Milão, Cedam, 1999, p. 25-34; e Kai Ambos, "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma", *Revista de Derecho Procesal*, 1999, n. 3, p. 553-594. Debruçando-se sobre aspectos mais específicos podem consultar-se: Pierre M. Martin, "La Cour Pénale Internationale: quel avenir pour une illusion?", *Recueil Dalloz* 36 (1998), 15.10.1998, p. 337-340; Luigi Condorelli, "La Cour Pénale Internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)", *Révue Générale de Droit International Public*, Paris, A. Pedone, t. CIII, 1999, p. 7-21; Juan-Antonio Carrillo-Salcedo, "La Cour Pénale Internationale: l'Humanité trouve une place dans le droit international", *Révue Générale de Droit International Public*, Paris, A. Pedone, t. CIII, 1999, p. 23-28; Serge Sur, "Vers une Cour Pénale Internationale: la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité", *Révue Générale de Droit International Public*, Paris, A. Pedone, t. CIII, 1999, p. 29-45; Sylvia Helena Steyner, "Tribunal Penal Internacional", *RBCCrim* 28, ano 7, out.-dez. 1999, p. 208 *et seq.*; Rahim Kherard, "Traité International: la competence de la Cour Pénale Internationale", *Le Dalloz*, 176ème année, 1er cahier (rouge), 09.11.2000, n. 39, p. 587-594; Jean-François Dobelle, "La Convention de Rome Portant Statut de la Cour Pénale Internationale", *Annuaire Français de Droit International*, XLIV, 1999, p. 356-369; Mauro Politi, "Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: le point de vue d'un négociateur", *Revue Génerale de Droit International Public*, 1999, n. 4, p. 817-849; Hans Heinrich Yeschek, "La Corte Penale Internazionale – Precedenti, lavori preparatori, Statuto", *L'Indice Penale*, jan.-abr. 2000, Milão, Cedam, p. 297-308; Ricardo Méndez Silva, "La Corte Penal Internacional", *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, Nova Série, ano XXXIII, n. 98, maio-ago. 2000, p. 895 *et seq.*; José Luís Rodriguez-Villasante y Prieto, "Aspectos penales del Estatuto de La Corte Penal Internacional", *RBCCrim*, ano 9, n. 33, jan.-mar. 2001, p. 9 *et seq.* Especificamente sobre o exercício da acção penal vd. Michele Caianiello, "L'esercizio dell'azione penale nella Corte Penale Internazionale", *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVI (Seconda Serie), n. 1, gennaio-marzo 2001, p. 200 *et seq.*

(13) Passagem extraída das considerações gerais da Exposição de Motivos.

Essa entidade qualificada, encarregue do exercício da acção penal e designada por "procurador", por "procuratore" ou por "Ministério Público" tem em comum a função estadual do exercício da acção penal.

Uma análise sobre o modo como essa entidade se estrutura e organiza varia de país para país, sendo também diverso o complexo de atribuições que lhe são confiadas.

Para uns, escreve Cunha Rodrigues,[14] "é os 'olhos do governo', um ente encarregado de, em nome do poder executivo, perseguir os crimes e fiscalizar a função do Poder Judiciário, assegurando a independência e a liberdade de acção indispensáveis ao correcto funcionamento da justiça; para outros, é o órgão que vela pela observância da lei, uma espécie de representante do corpo social com atribuições que abrangem todas aquelas áreas em que se coloca, com alguma premência, um problema de promoção e defesa da legalidade; para outros, ainda, é um órgão judicial, integrado nos tribunais ou, pelo menos, exercendo funções junto deles, com poderes de iniciativa, representação e controlo relativamente a todos os direitos e interesses em que o Estado é chamado a exercer uma função de soberania ou de tutela".

Se as atribuições do Ministério Público se alargaram a áreas tão diversas como a justiça de menores e da família, a justiça civil, a justiça laboral, a justiça administrativa e fiscal e a outros direitos e interesses, é na área penal que se situa o núcleo essencial da esfera de acção do Ministério Público e com a qual se mostra intrinsecamente associado.

De igual modo, o estatuto e lugar institucional do Ministério Público difere de Estado para Estado. No que se refere às relações entre o Ministério Público e o Poder Executivo elas variam entre a dependência e a independência, e quanto à sua inclusão num corpo em conjunto com os juizes, o direito comparado mostra que as soluções são também diversas; alguns sistemas privilegiam a existência de um corpo único de juizes e Ministério Público, e outros adoptam dois corpos completamente separados.

A profusão de modelos e sistemas conhecidos deixava antever um debate aceso quanto ao modelo institucional e organizacional, bem como às atribuições que a comunidade internacional iria conferir ao órgão que, no âmbito dos trabalhos conducentes à criação do Tribunal Penal Internacional, seria encarregado de tornar efectiva a reacção desencadeada pelos crimes, que relevam da competência do Tribunal.

A já mencionada Recomendação 2000(19) concluiu, no ponto 2, que em todos os sistemas de justiça penal, o Ministério Público decide se deve iniciar ou prosseguir um procedimento criminal, se exerce a acção penal, e pode recorrer de todas ou algumas decisões. Além destas funções, em determinados sistemas de justiça penal, o Ministério Público também conduz, dirige ou fiscaliza o inquérito, zela para que as vítimas recebam ajuda e assistência efectivas etc.

(14) *Em nome do povo*, Coimbra Ed., 1999, p. 31.

O ente criado, sob o *nomen juris* de "procurador" e "Gabinete do Procurador", corresponde, na sua essência, ao titular e ao órgão constituintes do Ministério Público nos sistemas de direito continental. Com efeito, tal entidade recebeu um conjunto de atribuições que são a essência das funções próprias do Ministério Público em qualquer sistema de justiça penal, além de outras verificáveis apenas em alguns sistemas.

Ensaiar-se-á mostrar as soluções consagradas no Estatuto, socorrendo-nos da documentação existente, nomeadamente dos trabalhos preparatórios, para compreender o sentido e alcance da evolução das negociações. Sempre que necessário apelar-se-á, também, aos desenvolvimentos que as normas do Estatuto conheceram com a aprovação do regulamento processual.

4. O Gabinete do Procurador como órgão do Tribunal

No Estatuto, são essencialmente duas as normas incluídas na Parte IV, relativa à "Organização e Administração do Tribunal", que se referem ao Ministério Público. O art. 34.°, que se reporta aos "Órgãos do Tribunal", e o art. 42.°, relativo ao "Gabinete do Procurador".

Dispõem tais preceitos:[15]

"Art. 34.°

Órgãos do Tribunal

O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos:

a) a Presidência;

b) uma Secção de recursos, uma Secção de julgamento em primeira instância e uma Secção de instrução;

c) o Gabinete do Procurador;

d) a Secretaria."

"Art. 42.°

O Gabinete do Procurador

1. O Gabinete do Procurador actua de forma independente, enquanto órgão autónomo do Tribunal. Compete-lhe recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de as examinar e investigar e de exercer a acção penal junto do Tribunal. Os membros do Gabinete do Procurador não solicitarão nem cumprirão ordens de fontes externas ao Tribunal.

2. O Gabinete do Procurador será presidido pelo procurador, que terá plena autoridade para dirigir e administrar o Gabinete do Procurador, incluindo o pes-

(15) As normas do Estatuto transcritas, no todo ou em parte, respeitam a tradução oficial preparada na Procuradoria-Geral da República. É da responsabilidade do signatário a tradução para português das normas do Regulamento Processual ou outra documentação oficial, quando não se transcreva ou cite no original.

soal, as instalações e outros recursos. O procurador será coadjuvado por um ou mais procuradores-adjuntos, que poderão desempenhar qualquer uma das funções que incumbam àquele, em conformidade com o disposto no presente Estatuto. O procurador e os procuradores-adjuntos terão nacionalidades diferentes e desempenharão o respectivo cargo em regime de exclusividade.

3. O procurador e os procuradores-adjuntos deverão ter elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal. Deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. O procurador será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembleia dos Estados Partes. Os procuradores-adjuntos serão eleitos da mesma forma, de entre uma lista de candidatos apresentada pelo procurador. O procurador proporá três candidatos para cada cargo de procurador-adjunto a prover. A menos que, quando da eleição, seja fixado um período mais curto, o procurador e os procuradores-adjuntos exercerão os respectivos cargos por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos.

5. O procurador e os procuradores-adjuntos não deverão desenvolver qualquer actividade que possa interferir com o exercício das suas funções ou afectar a confiança na sua independência e não poderão desempenhar qualquer outra função de carácter profissional.

6. A Presidência poderá, a pedido do procurador ou de um procurador-adjunto, escusá-lo de intervir num determinado caso.

7. O procurador e os procuradores-adjuntos não poderão participar em qualquer processo em que, por qualquer motivo, a sua imparcialidade possa ser posta em causa. Serão recusados, em conformidade com o disposto no presente número, entre outras razões, se tiverem intervindo anteriormente, a qualquer título, num caso submetido ao Tribunal ou num procedimento criminal conexo a nível nacional, que envolva a pessoa objecto de inquérito ou procedimento criminal.

8. As questões relativas à recusa do procurador ou de um procurador-adjunto serão decididas pelo juízo de recursos.

a) a pessoa objecto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar, a todo o momento, a recusa do procurador ou de um procurador-adjunto, pelos motivos previstos no presente artigo;

b) o procurador ou o procurador-adjunto, segundo o caso, poderão pronunciar-se sobre a questão.

9. O procurador nomeará assessores jurídicos especializados em determinadas áreas incluindo, entre outras, as da violência sexual ou violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado sexo e da violência contra as crianças."

No primeiro destes normativos estabelece-se que o Gabinete do Procurador constitui um dos órgãos integrantes do Tribunal (alínea *c)*) e, no segundo, afirma-se o princípio da independência do Gabinete do Procurador e fixa-se a sua organização e estatuto.

O art. 34.° foi recebido do projecto sem emendas substanciais. A principal alteração residiu na substituição do termo "Procuradoria" ou "Ministério Público"[16] pelo de "Gabinete do Procurador".[17]

O termo Procuradoria constava do art. 12.° do projecto de Estatuto do Tribunal elaborado pela Comissão de Direito Internacional (CDI)[18] e era também usado no art. XVI do projecto de Estatuto para um Tribunal Penal Internacional apresentado por Cheriff Bassiouni.[19] Pelo contrário, o Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia já consagrava no art. 16.° o termo "Procurador".

Apesar de ter sido manifestada preferência por esta última designação na segunda reunião do Comité Preparatório,[20] os dois termos continuaram a integrar os documentos oficiais até à última sessão de negociações antes da Conferência,[21] quando foi adoptada a preconizada substituição de designação, porquanto o texto final submetido à Conferência Diplomática já não apresentava a alternativa entre as duas designações.

Acrescentar-se-á que os argumentos invocados relevavam essencialmente de razões formais[22] e de no Estatuto do Tribunal da Jugoslávia ser a designação utilizada.

Conceptualmente – afirma a CDI – "a presidência, as secções, o Gabinete do Procurador e a Secretaria constituem um sistema judiciário internacional forman-

(16) *Procuracy*, em inglês, e *Parquet*, em francês. A proposta de substituição do termo foi oficialmente apresentada pelo Reino Unido (*Report of the preparatory Committee on the International Criminal Court*, volume II (*Compilation of proposals*), General Assembly, Official Records, Fifty-First Session, Supplement 22 A (A/51/22), p. 7). Sobre a evolução do preceito vd. Karim A.A. Khan, *Commentary on the Rome Statute*, *supra*, nota 12, p. 589-590.

(17) "Office of the prosecutor", em inglês, e "Bureau du procureur", em francês.

(18) Documentos oficiais das Nações Unidas editados com a referência A/49/355, de 01.09.1994, p. 7 (versão inglesa). Veja-se, também, o "Rapport de la Comission du Droit International sur les Travaux de la Quarante-Sixième Session – 2 mai-22 juillet", *Assemblée Générale, documents officiels, Quarante-Neuvième Session*, Supplément 10 (A/49/10), p. 53.

(19) Vd. "Draft Statute International Criminal Court", *Nouvelles Études Pénales* 9, editado pela Associação Internacional de Direito Penal, 1992, p. 67-69.

(20) Vd. "Report of the preparatory Committee on the International Criminal Court, volume I (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August session 1996)", *General Assembly, Official Records, Fifty-first Session*, Supplement 22 (A/51/22), p. 14, onde se dá nota de que o termo "Procuracy" era inadequado e deveria ser substituído pela expressão "Office of the Prosecutor".

(21) Veja-se o documento A/AC 249/1998/L.13, denominado "Zutphen Text", que serviu de base de trabalho na sessão do Comité Preparatório realizada de 16 de março a 03.04.1998, onde ainda aparecem as duas opções.

(22) Vd. Karim A.A. Khan, *Commentary on the Rome Statute*, *supra*, nota 12, p. 589-590, sobretudo nota 2.

do um todo, não obstante a independência que tem de existir, por razões morais e de julgamento equitativo, entre o órgão judiciário e o Ministério Público".[23]

De realçar que o preceito enumera quais os órgãos em que se decompõe o Tribunal, incluindo entre estes aquele a quem serão conferidos importantes poderes processuais, bem como, entre outros, os poderes de gestão da Procuradoria e para estabelecer acordos internacionais e compromissos com incidência no desenrolar dos processos.

Neste último sentido e com incidência processual, o Estatuto atribui competência ao procurador para concertar-se com os Estados, quanto à forma de solucionar o diferendo suscitado pela necessidade de divulgar informação ou documentos do Estado no âmbito de um processo, quando esteja em causa a protecção dos interesses de segurança nacional desse Estado (art. 72.°, n. 5). No contexto da cooperação judiciária, permite-lhe negociar com um Estado a forma de cumprimento de qualquer acto judiciário, vinculando-se ao acordado (n. 5 do art. 93.°), bem como lhe atribui competência para, sem recorrer a medidas coercivas, dar cumprimento a um pedido de cooperação judiciária directamente no território de um Estado parte, depois de ter levado a cabo consultas tão amplas quanto possível com o Estado requerido (art. 99.°, n. 4).

Além disso, no contexto da gestão interna do Tribunal, o Estatuto prevê que o Gabinete do Procurador deva ser chamado a pronunciar-se ou que devam ser estabelecidas consultas com este órgão sobre matérias relevantes decorrentes do funcionamento do Tribunal.

Assim, em conjunto com o Gabinete do Procurador, o Secretário deve, no quadro da Unidade de Apoio às Vítimas e às Testemunhas por si criada, adoptar medidas de protecção e dispositivos de segurança, bem como assessoria e outro tipo de assistência a testemunhas e vítimas que compareçam perante o Tribunal e a outras pessoas ameaçadas em virtude do testemunho prestado por aquelas (art. 43.°, n. 6); por outro lado, o Secretário tem de obter o acordo do procurador à proposta de estatuto do pessoal a submeter a aprovação pela Assembleia dos Estados partes (art. 44.°, n. 2).

4.1 Independência do Gabinete do Procurador

Os grandes princípios em que se estrutura este órgão são definidos no art. 42.°.

Uma jurisdição penal internacional efectiva requer não só um procurador independente, capaz e preparado para recolher a informação necessária e os elementos probatórios pertinentes, dotado dos meios materiais e humanos adequados, mas também um estatuto que o habilite e garanta a tomada de decisões sem qualquer pressão ou constrangimento. Esses são requisitos essenciais para que o

(23) *Report*, cit. na nota 18, p. 14.

Tribunal conquiste a credibilidade da comunidade internacional, confiança que será minada sempre que se suscitem fumos de suspeição ou de parcialidade sobre o procurador.[24] Os autores do Estatuto criaram um órgão, vestiram-no com um estatuto e confiaram-lhe os meios para poder desempenhar adequadamente as suas funções.

No art. 42.°, consagra-se, no n. 1, o princípio da independência do Gabinete do Procurador, mencionando neste e no n. 2 as competências do procurador. Os requisitos para ser eleito para o cargo de procurador e de procurador-adjunto prevêem-se no n. 3 e a forma de eleição e duração do mandato estão previstos no n. 4.

As incompatibilidades e impedimentos e consequentes fundamentos para invocar a escusa e para ser recusado enumeram-se nos n. 6 e 7, bem como a forma e legitimidade para requerer a recusa (n. 8). Além disso, no n. 9, atribui-se competência ao procurador para nomear assessores jurídicos especializados em determinadas áreas, designadamente as relacionadas com violências sexuais, com violências determinadas pela pertença a um determinado sexo ou da violência contra crianças.

Como se referiu, o n. 1 consagra o Gabinete do Procurador como um órgão independente do Tribunal.

A característica de independência é assumida desde o projecto de Estatuto apresentado pela CDI[25] e o segmento da norma foi mantido na redacção final, salvo acertos formais. A importância da independência deste órgão, quer quanto aos demais órgãos do Tribunal, quer quanto a quaisquer outras entidades externas, foi uma das preocupações fundamentais dos negociadores do Tratado e esteve intimamente ligada com o complexo de poderes que lhe foram atribuídos e em particular o poder de, oficiosamente, instaurar inquérito.

Na estruturação do próprio Tribunal, a independência do Gabinete do Procurador decorre da afirmação normativa de que se trata de um órgão autónomo do Tribunal, sem nenhum vínculo de subordinação a qualquer um dos outros órgãos.

De entre as normas que concretizam o princípio no plano da organização e funcionamento do Tribunal pode destacar-se o disposto no n. 2 do art. 42.°, e os nos n. 3 e 4 do art. 53.° do Estatuto.

No primeiro normativo e no plano da gestão administrativa, estabelece-se que o Gabinete do Procurador tem plena autoridade para dirigir e administrar o Gabinete do Procurador, incluindo o pessoal, as instalações e os outros recursos. No segundo caso, e no plano processual, fixa-se um fino equilíbrio entre os pode-

(24) Como refere, no mesmo sentido e por outras palavras, Medard R. Rwelamira, "Composition and administration of the Court", *The making of the Rome Statute*, *supra*, nota 12, p. 167-168.

(25) O n. 1 do art. 12.° dispunha, na parte em questão: "The procuracy is an independent organ of the Court (...)".

res do Procurador e os poderes do Juízo de Instrução[26] quando discorda da decisão do procurador de não determinar a abertura de inquérito ou de não deduzir acção penal (art. 53.°).

O Estatuto distingue as situações em que houve uma impugnação da decisão do procurador, por parte do Estado que apresentou a queixa ou por parte do Conselho de Segurança, nos casos em que este o pode fazer,[27] das situações em que o Juízo de Instrução pode, por sua iniciativa, examinar a decisão do procurador.

Na primeira situação, a decisão do Juízo de Instrução esgota-se em solicitar ao procurador que "reconsidere" a sua decisão, e este deve "reconsiderar a decisão", logo que possível, como se preceitua no n. 2 da regra 108 do Regulamento Processual.[28]

Neste domínio, pode afirmar-se a existência clara de independência e autonomia entre os dois órgãos, não sendo admissível configurar-se uma qualquer ideia de subordinação, designadamente, a existência de ordens do Juízo de Instrução ao procurador. Com efeito, a decisão do Juízo de Instrução que solicita ao procurador para reconsiderar a decisão de não abrir inquérito ou de não exercer a acção penal, não implica que este altere a sua posição anterior, podendo mantê-la.

Nas situações em que o Juízo de Instrução pode examinar oficiosamente a decisão de não proceder criminalmente, as previstas na alínea *c)* dos n. 1 e 2, o Estatuto adopta uma formulação levemente diferente, estabelecendo que a decisão de não proceder criminalmente fundada na referida alínea *c)* só produz efeitos se for confirmada pela Juízo de Instrução. Indo mais longe, o Regulamento

(26) Encontra-se algum paralelismo entre algumas das funções dos Tribunais de instrução criminal no contexto do direito interno nacional e as funções do juízo de instrução, previstas na alínea *c)* do art. 36.°, cujas competências se mostram enumeradas no art. 57.°.

(27) O regime do exercício da jurisdição consta do art. 13.°, que dispõe:

"Art. 13.°

Exercício da jurisdição

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o art. 5.°, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se: *a)* Um Estado Parte denunciar ao procurador, nos termos do art. 14.°, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; *b)* O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou *c)* O procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no art. 15.°."

(28) O regulamento processual consta do documento PCNICC/2000/INF/3/add.1 e pode ser consultado na seguinte *website*: <http://www.un.org/law/icc/statute/rules/rulefra.htm>. O n. 2 da regra 108 dispõe: "Where the Pre-Trial Chamber requests the prosecutor to review, in whole or in part, his or her decision not to initiate an investigation or not to prosecute, the Prosecutor shall reconsider that decision as soon as possible".

Processual estabelece que o procurador deve abrir inquérito ou exercer a acção penal em caso de não confirmação da decisão pelo Juízo de Instrução.[29]

Este maior reforço dos poderes do Juízo de Instrução encontrará explicação na necessidade de jurisdicionalizar uma decisão do procurador tomada num contexto que pode conter alguma componente de oportunidade,[30] o que reforça a necessidade de uma dupla confirmação: a decisão do procurador de não iniciar inquérito ou não exercer a acção penal e a decisão do Juízo de Instrução em sentido idêntico.

Neste domínio, os negociadores do Tratado pretenderam acautelar que situações gravosas não ficassem sem investigação ou acusação, ou, nas palavras de Bruce Broomhall: "Estas garantias são destinadas a moldar a discricionaridade do procurador sem lhe minar a independência".[31]

Externamente, o princípio da independência do procurador afirma-se pelas diversas componentes em que se manifesta o seu estatuto funcional.

Desde logo, os requisitos exigíveis para a candidatura, o sistema e forma de eleição e a duração do mandato; mas também o estatuto remuneratório, o regime de impedimentos e incompatibilidades, com a consequente influência na escusa e recusa, os privilégios e imunidades, e o regime disciplinar.

Abordaremos sumariamente em que se concretiza cada uma destas componentes.

4.2 Procurador e procuradores-adjuntos: candidatura, forma de eleição e duração do mandato

O Gabinete do Procurador é presidido pelo procurador e coadjuvado por um ou mais procuradores-adjuntos, de nacionalidades diferentes, sendo as funções exercidas a tempo inteiro.

(29) Regra 110, n. 2, assim redigida: "When the Pre-Trial chamber does not confirm the decision by the Prosecutor referred to in sub-rule 1, he or she shall proceed with the investigation or prosecution".

(30) O único campo e com os apertados limites em que os autores do Estatuto permitiram que as decisões do procurador pudessem ter subjacentes razões de oportunidade e não só de legalidade, com ressalva da especificidade do procedimento criminal por infracção ao Tribunal, nos termos do art. 70.º do Estatuto e da regra 162 e seguintes do Regulamento Processual, onde se consagra um regime mais aberto. A este respeito, o n. 1 da regra 165 consagra expressamente um poder e não um dever, como decorre dos termos em que se mostra redigida: "The Prosecutor may iniciate and conduct investigations with respect to the offences defined in article 70 on his or her iniciative, on the basis of information communicated by the Chamber or any reliable source".

(31) Tradução livre de excerto extraído de "The International Criminal Court: overview, and cooperation with States", *Nouvelles Études Pénales* 13 *quater*, edição da Association Internationale de Droit Pénal, 1999, p. 70.

O Estatuto exige que os candidatos a procurador e a procurador-adjunto, estes propostos por aquele, reunam um conjunto de requisitos, alguns idênticos aos que são requeridos para a eleição como juiz, e outros específicos. Entre os requisitos comuns, o Estatuto menciona que o candidato a procurador deve possuir uma elevada idoneidade moral e possuir um excelente conhecimento e ser fluente em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal; especificamente, exige-se que o candidato a procurador tenha uma vasta experiência prática em matéria de processo penal.[32]

Quanto à eleição para o exercício do cargo de magistrado – juiz ou procurador –, cujo mandato é de nove anos, não reelegível, o escrutínio é secreto, exigindo-se a maioria absoluta de votos dos membros da Assembleia de Estados Partes para a eleição do procurador (art. 42.°, n. 4) e a maioria qualificada de dois terços para a eleição dos juizes (art. 36.°, n. 6).

Uma vez eleito, o procurador só cessará funções[33] ou no termo do mandato, ou por decisão tomada pela Assembleia de Estados Partes, por maioria absoluta, por ter incorrido em falta grave ou em incumprimento grave de funções (alínea *a)*),[34] ou, ainda, se se encontrar impossibilitado de as desempenhar (alínea *b)*, em ambos os casos do n. 1 do art. 46.° do Estatuto).

4.3 Estatuto remuneratório

Para garantir a independência de um órgão que pode ser sujeito a fortes pressões, é-lhe conferido um estatuto remuneratório – onde se incluem o vencimento, subsídios e outras despesas –, idêntico ao dos juizes e do secretário e secretário-adjunto, a fixar pela assembleia dos Estados Partes (art. 49.°), e, quando no exercício de funções ou em relação a estas, o procurador goza dos

(32) Para os juizes alarga-se o universo de recrutamento, exigindo-se uma "reconhecida competência em direito e procedimento penais e a necessária experiência em causas penais na qualidade de juiz, procurador, advogado ou outra função semelhante; ou reconhecida competência em matérias pertinentes de direito internacional, tais como direito internacional humanitário e normas de direitos humanos, assim como vasta experiência em funções jurídicas profissionais relacionadas com a função judicial do Tribunal" (n. 3 do art. 36.°).

(33) Ressalvados os casos de acto voluntário de renúncia ao exercício de funções.

(34) A tipificação ou definição do que deve ser entendido por falta grave ou incumprimento grave das funções do procurador e o procedimento a adoptar para investigar e sancionar tais faltas foram objecto de desenvolvimentos nas regras 23 (Princípio geral), 24.ª (Definição de falta grave ou incumprimento grave das funções) e 26.ª (Recepção de queixas) do regulamento processual, em obediência à injunção que consta da mesma alínea *a)* do art. 46. No Regulamento Processual usa-se o termo "regra", "rule" na língua inglesa, por um lado, adoptando a terminologia preexistente nos tribunais da ex-Jugoslávia e do Ruanda, e, por outro lado, para evitar eventuais equívocos com as normas do Estatuto, designadas por "artigos".

mesmos privilégios e imunidades reconhecidos aos chefes das missões diplomáticas, direito que é idêntico ao dos titulares dos demais órgãos do Tribunal (art. 48.º).

4.4 Incompatibilidades e impedimentos, escusas e recusas

A existência de incompatibilidades tem em vista, por um lado, arredar um possível factor de parcialidade no exercício das funções pelo seu titular e evitar que a concomitante realização de outra actividade faça com que os interesses com esta conexos possam afectar a prossecução das finalidades àquelas respeitantes. Por outro lado, visa também a assegurar uma adequada dedicação ao cargo em questão, de modo a que o tempo exigido para o bom desempenho desse cargo não seja desviado para a realização de outras tarefas. Por contraposição às incompatibilidades, o impedimento reveste natureza esporádica.

O regime de incompatibilidades e impedimentos do procurador consta dos n. 5, 7 e 8 do art. 42.º, complementado com o que se prevê nas regras 33 a 35 do Regulamento Processual. Os autores do Tratado pretenderam acautelar e garantir a imparcialidade do procurador prevendo, por um lado, a impossibilidade de desempenhar qualquer actividade que possa interferir com o exercício das suas funções ou afectar a sua independência ou desempenhar outra actividade de natureza profissional (n. 5 do art. 42.º), numa formulação que se aproxima da norma contida no art. 81.º, n. 1, do Estatuto do Ministério Público em Portugal.

O conceito de incompatibilidade previsto no Estatuto não difere do que, em regra, é adoptado no ordenamento jurídico português, ou seja, a "impossibilidade de exercício em simultâneo de dois cargos ou funções".[35]

Por outro lado, estabelece-se no n. 7 uma clausula genérica de impedimento, pela qual é vedado ao procurador participar em qualquer processo em que, por qualquer motivo, a sua imparcialidade possa ser posta em causa, sendo objecto de recusa se tiver intervindo anteriormente, a qualquer título, num caso submetido ao Tribunal ou num procedimento criminal conexo a nível nacional, que envolva a pessoa objecto de inquérito ou procedimento criminal. Esta formulação é complementada pelo que se dispõe na regra 34, n. 1, do Regulamento Processual, na qual se prevêem causas de impedimento muito semelhantes às que constam no art. 39.º do CPP.

Por último, o Estatuto consagra ainda a possibilidade de o procurador poder requerer escusa de intervir em processo sempre que, "por qualquer outro motivo possa, razoavelmente, pôr em causa a sua imparcialidade" (n. 8 do art. 48.º). Precisando a norma do Estatuto, o Regulamento Processual vem impor ao procurador ou ao procurador-adjunto o dever de invocar imediatamente a escusa,

(35) Vd. Esteves de Oliveira, *Código de Procedimento Administrativo, comentado*, 2. ed., Almedina, 1999, anotação III ao art. 44.º, p. 243.

sem aguardar que alguém requeira a recusa, sempre que tenha motivos para crer que um pedido nesse sentido possa vir a ser apresentado.[36]

Entre as situações susceptíveis de fundamentar pedido de recusa do procurador, o regulamento processual, na regra 34, n. 1, depois de ressalvar o que já se prevê no n. 7 do art. 42.°, apresenta uma lista não taxativa de casos que a podem fundamentar, neles se incluindo o facto de o procurador ter um interesse pessoal na causa, como tal se entendendo uma relação conjugal, familiar ou de parentesco próximo, pessoal ou profissional ou uma relação de subordinação com qualquer das partes (alínea *a)*), ou ter participado, a título individual e antes de iniciar funções, em qualquer processo iniciado antes da sua participação na causa ou iniciado por ele posteriormente a que a pessoa, objecto da investigação tenha sido ou seja uma das contrapartes (alínea *b)*).

Prevê-se, ainda, como fundamento do pedido de recusa, o facto de o procurador, antes de assumir o cargo, ter desempenhado funções em que seja de presumir que tenha formado uma opinião sobre o processo, sobre as partes ou os seus representantes legais que seja susceptível de, objectivamente, prejudicar a sua imparcialidade (alínea *c)*), ou ter exprimido, através da comunicação social, por escrito ou publicamente, opiniões que sejam susceptíveis de prejudicar a sua imparcialidade (alínea *d)*).

Todas as salvaguardas estatutárias assinaladas foram a solução encontrada pelos autores do Estatuto para que o procurador pudesse desempenhar as suas funções sem nenhuma interferência, interna ou externa, e exercer adequadamente os poderes processuais que no âmbito do Estatuto lhe são conferidos.

4.5 Cessação de funções

Na continuação da análise do sistema de direitos e deveres, o art. 46.° do Estatuto prevê a cessação de funções para o procurador, quando se conclua que incorreu em falta grave ou em incumprimento grave das funções que lhe são conferidas, de acordo com o previsto no Regulamento Processual, ou se encontre impossibilitado de desempenhar as funções definidas no Estatuto.

As regras 23, 24, 26, 27 e 29 estabelecem o regime sancionatório, tipificando as condutas susceptíveis de integrar os conceitos de falta grave (regra 24, n. 1) e de incumprimento grave dos deveres do cargo (regra 24, n. 2), e regulando o processo respectivo.

Entre as condutas susceptíveis de integrar falta grave, o n. 1 da regra 24 distingue entre faltas cometidas no decurso do exercício de funções (alínea *a)*) e fora delas (alínea *b)*).

(36) Regra 33, n. 1, que dispõe: "A judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor seeking to be excused from his or her functions shall make a request in writing to the Presidency, setting out the grounds upon which he or she should be excused".

Quanto às primeiras, e entre outras, enumeram-se, de forma enunciativa, a revelação de factos ou informação de que o procurador teve conhecimento no exercício de funções ou que são relativas a um processo pendente, que prejudique gravemente o desenvolvimento do processo ou qualquer pessoa (n. 1, alínea *a) i)*), ou o abuse da sua qualidade de magistrado para obter indevidamente favores de quaisquer autoridades, funcionários ou profissionais (n. 1, alínea *a) iii)*). Por falta grave cometida fora do exercício de funções, entende-se, como o delimita a alínea *b)*, o comportamento de tal forma grave que prejudique ou seja susceptível de prejudicar gravemente o prestígio do Tribunal.

O conceito de incumprimento grave dos deveres do cargo está associado a uma negligência grave no cumprimento das suas obrigações ou de actuação consciente em contravenção com os deveres do cargo (n. 2), como sejam, entre outros, o não solicitar a escusa quando há fundamento para crer que ela se verifica (alínea *a)*) ou quando provoca atrasos repetidos e injustificados do processo (alínea *b)*).

A instrução dos autos pertence à Presidência e a decisão relativa à perda de funções compete à Assembleia dos Estados Partes, devendo ser tirada por maioria absoluta. No caso de procurador-adjunto a Assembleia delibera sob proposta do procurador.

O Estatuto não estabelece diferenças significativas quanto à solução preconizada para os juizes, salvo quanto à formação da vontade na Assembleia de Estados Partes, em que se exige a maioria qualificada de dois terços.

4.6 Responsabilidade disciplinar

Prevê o Estatuto que o procurador possa ser sujeito a responsabilidade disciplinar se tiver cometido uma falta menos grave do que a prevista no n. 1 do art. 46.°, reenviando para o Regulamento Processual a forma como se dará execução ao princípio aqui consagrado, ou seja, a fixação do regime sancionatório.

O Regulamento Processual define, na regra 25, de forma não taxativa, os comportamentos que se devem entender como falta de menor gravidade, cometidos no exercício de funções ou fora delas.

Na primeira categoria, inclui aquelas que prejudicam ou são susceptíveis de prejudicar a boa administração da justiça ou o seu bom funcionamento (n. 1, alínea *a)*, nelas se incluindo, entre outras, o imiscuir-se no exercício das funções dos outros titulares dos órgãos do Tribunal mencionados no art. 47.° (alínea *a) i)*), ou o não cumprir ou ignorar de forma repetida os pedidos formulados pelo juiz presidente ou pela Presidência no exercício das suas atribuições (alínea *a) ii)*).

Por falta de menor gravidade cometida fora do exercício de funções, entende-se, como preceitua a alínea *b)* do n. 1, o comportamento que prejudica ou pode prejudicar o prestígio do Tribunal.

Reconhecendo a dificuldade em integrar os comportamentos descritos sempre numa ou noutra das categorias de faltas de maior ou menor gravidade, ou de grave ou menos grave incumprimento dos deveres do cargo, por nem sempre

possível estabelecer uma diferença de grau entre eles, a regra 25, no n. 2, encerra uma cláusula de salvaguarda, nos temos da qual se estabelece que nada nesta regra deve ser entendido como excluindo que os comportamentos nela previstos na alínea *a)* não possam constituir falta grave ou grave incumprimento dos deveres do cargo, para efeitos do disposto no art. 46.°, n. 1, do Estatuto.

5. O procurador e o inquérito: o princípio da oficialidade

Entre os poderes processuais importa destacar o poder de instaurar inquérito oficiosamente, sem necessidade de queixa dos Estados ou do Conselho de Segurança. Esta competência, que não constava no projecto de Estatuto apresentado pela Comissão de Direito Internacional, que só previa o exercício do procedimento sob iniciativa do Estado parte ou do Conselho de Segurança, por se entender que o Tribunal era um instrumento ao serviço dos Estados Partes,[37-38] foi objecto de longas e complexas negociações.

Nos termos do projecto, a apresentação de queixa por um Estado Parte ou a apresentação de uma denúncia pelo Conselho de Segurança, agindo em conformidade com o disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, constituíam os únicos meios de desencadear a intervenção do Tribunal.

Aquando da discussão do assunto no âmbito da Comissão, e depois no contexto do Comité Ad Hoc e do Comité Preparatório,[39] houve delegações que se

(37) O Comentário da Comissão de Direito Internacional sobre o Projecto de Estatuto referia expressamente que o Tribunal seria um "instrumento disponível dos Estados Partes e, em certos casos, do Conselho de Segurança" – Comentário da Comissão de Direito Internacional ao art. 25.° do Projecto, incluído *no* Rapport de la Comission de droit international sur les travaux de la Quarante-Sixième Session, 2 mai-22 juillet 1994, Chapitre II.B.I, Assemblée Générale. *Documents officiels, Quarante-Neuvième Session*, Supplément 10 (A/49/10), 1994, p. 96.

(38) Esse entendimento constava também dos arts. XII e XX do projecto apresentado por Cheriff Bassiouni, cit. *Supra*, nota 19, precisando-se, no primeiro preceito, que as finalidades deste Tribunal internacional eram as de, por um lado, resolver os conflitos, disputas ou o contencioso entre os Estados partes e interpretar o direito internacional penal, convencional ou costumeiro, e, por outro lado, julgar a responsabilidade penal das pessoas acusadas pelos Estados partes de violarem o direito internacional ou o direito interno de cada Estado corporizando direito internacional, respeitante a um conjunto de tipos penais constantes do mesmo documento. O mesmo autor precisava, a p. 52, que uma tal fórmula visava conceder aos Estados a necessária flexibilidade para fomentar a Convenção.

(39) Para um maior informação sobre o desenvolvimento dos trabalhos veja-se Sílvia A. Fernandez de Gurmendi, The role of the International Prosecutor in the International Criminal Court, *The making of the Rome Statute*, *supra*, nota 12, p. 175-176. Especificamente sobre o resultado e estado dos debates no termo dos trabalhos das reuniões do Comité Preparatório de mar.-abr. e agosto de 1996, podem consultar-se os §§ 145 a 151, p. 34-35, do doc. A/51/22, citado na nota 20.

expressaram no sentido de que o papel que o projecto reservava ao procurador era demasiado restritivo, na medida em que os Estados ou o Conselho de Segurança provavelmente não apresentariam queixa ao Tribunal, por razões decorrentes de múltiplas considerações, entre elas as de natureza política, pelo que o procurador deveria gozar do poder de instaurar procedimento criminal oficiosamente.[40]

A favor da concessão de poderes ao procurador para instaurar procedimento *ex officio*[41] ou com base em notícia recebida de qualquer fonte, argumentava-se, para além da já invocada razão de que os Estados e o Conselho de Segurança se alhearíam de submeter ao Tribunal os factos susceptíveis de caracterizar crime, essencialmente o facto de o Estatuto dos Tribunais Internacionais para a ex-Jugoslávia[42] (art. 18.°, n. 1) e para o Ruanda[43] (art. 17.°, n. 1) já os contemplarem.

Para salvaguardar qualquer abuso, propunha-se um mecanismo de salvaguarda, consistente, em primeiro lugar, em o procurador certificar-se não só de que se verificavam os pressupostos de admissibilidade do caso, mas ainda que havia indícios seguros (*prima facie case*) de que um crime tinha sido cometido, e, em segundo lugar, o procurador deveria, então, sujeitar os autos a controlo judicial, numa secção do Tribunal (diversa da que no futuro viesse a ser competente para julgar o caso), permitindo-se depois a intervenção dos Estados.

Outras delegações opunham-se à atribuição de poderes *ex officio* ao procurador argumentando que tais poderes politizariam o Tribunal, com a possibilidade de alegação de que o procurador poderia agir por motivos políticos, assim minan-

(40) Vd. doc. cit., *supra*, nota 20, § 149, p. 35.

(41) Na defesa da atribuição de poderes *ex officio* ao procurador não pode esquecer-se o trabalho desenvolvido pelas Organizações Não Governamentais, que desempenharam um papel marcante na sensibilização e defesa da necessidade de uma entidade com tais poderes, que consideravam uma "característica essencial de um Tribunal credível e independente". Veja-se Silvia A. Fernandez de Gurmendi, op. e loc. cit., *supra*, nota 39, p. 177.

(42) O Tribunal Penal para a Ex-Jugoslávia foi criado pela Resolução 827/93, de 25 de maio, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com o fim de perseguir criminalmente e julgar as pessoas responsáveis de violações graves ao direito humanitário internacional no território da ex-Jugoslávia, entre 01.01.1991 e uma data que vier a ser definida pelo Conselho de Segurança, após a restauração da paz. A Resolução e o Estatuto do Tribunal estão publicados no DR, I Série-A, de 11.05.1995. O n. 1 do art. 18.° preceitua: "O procurador dará início às investigações oficiosamente ou com base em informações de outra proveniência, nomeadamente de governos, de órgãos das Nações Unidas, organizações intergovernamentais ou não governamentais. O procurador analisará as informações recebidas ou obtidas e decidirá sobre a existência de fundamentos suficientes para exercer a acção penal".

(43) O Tribunal Penal para o Ruanda foi criado pela Resolução 955/94, de 8 de novembro, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com o fim de perseguir criminalmente e julgar as pessoas responsáveis de violações graves ao direito humanitário internacional no território do Ruanda entre 1 de janeiro e 31 de dezembro de 1994.

do a credibilidade do Tribunal. Acrescentava-se, ainda, que, assim, o procurador ver-se-ia impossibilitado de responder atempadamente, face à exiguidade de meios ao seu dispor, além de que, necessitando da cooperação do Estados, o procurador provavelmente não a receberia, se não fossem os Estados a apresentar as situações ao Tribunal.

Um outro argumento contra a atribuição de poderes *ex officio* residia na circunstância de a comunidade internacional não ter atingido um estádio de aceitação de uma instituição com tais poderes, parecendo irrealista tentar obter a adesão dos Estados se tais poderes lhe fossem concedidos.[44]

No decurso dos trabalhos, Portugal, em conjunto com outros países, veio a formular uma proposta no sentido da consagração de poderes *ex officio* ao procurador, a qual contou, de início, com grande oposição dos Estados que pretendiam um modelo de Tribunal menos independente das jurisdições nacionais e do Conselho de Segurança; posteriormente, veio a receber a adesão de outros Estados, entre eles o Reino Unido.[45]

No evoluir dos debates e na sequência de uma proposta conjunta da Argentina e da Suíça, foi apresentado um texto consolidado que considerava os diferentes pontos de vista sobre a questão, incluindo-se entre parêntesis rectos as diferentes alternativas. O grande número de parêntesis demonstra, só por si, a grande divergência de pontos de vista, não só sobre o conteúdo da norma, mas também sobre a inclusão do artigo.

O texto presente à conferência era o seguinte:

"The Prosecutor [may] [shall] initiate investigations [*ex officio*] [*proprio motu*] [or] on the basis of information [obtained] [he may seek] from any source, in particular from Governments, United Nations organs [and intergovernmental and non-governmental organizations]. The Prosecutor shall assess the information received or obtained and decide whether there is sufficient basis to proceed. [The Prosecutor may, for the purpose of initiating an investigation, receive information on alleged crimes under Article 20(a) to (d) from Governments, intergovernmental and non-governmental organizations, victims and associations representing them, or other reliable sources.]"

Na Conferência de Roma confrontaram-se as duas posições, vindo a manifestar-se um forte apoio à inclusão de norma com a atribuição de poderes *ex officio* ao procurador. Embora algumas delegações considerassem necessárias

(44) Para uma informação mais detalhada sobre os argumentos a favor e contra a atribuição de poderes *ex officio* ao procurador, veja-se, além da autora citada na nota 39, p. 176-180, Leila Sadat Wexler, no comentário ao art. 12.º do "Model Draft Statute for the International Court Based on the Preparatory Committee's Text to The Diplomatic Conference, Rome, june 15-july 17, 1998", no n. 13ter dos *Nouvelles études pénales*, edição da Association Internationale de Droit Pénal, Érès, 1998, p. 28-29.

(45) A proposta, co-patrocinada pela Itália e África do Sul, passou a integrar o n. 2*quater* do art. 25.*bis*, a p. 109, do doc. A/51/22.

mais garantias, não foram apresentadas outras propostas de discussão, pelo que o artigo veio a ser incluído no pacote apresentado pelo presidente da Conferência e aceite, com acertos de redacção, que não lhe afectam a substância, e inserido como n. 1 no art. 15.º do Estatuto.

A par da atribuição de poderes *ex officio* ao procurador, outra das complexas matérias em discussão foi a do papel que o procurador deveria desempenhar no processo.

5.1 Aquisição da notícia do crime e pressupostos da decisão de abertura de inquérito e de exercício da acção penal

As questões eram as seguintes:

Deveria o procurador ser o *dominus* do processo, ou, pelo contrário, deveria estabelecer-se algum grau de controlo judicial?

Deveria estabelecer-se um modelo processual tipicamente acusatório[46] ou deveriam incluir-se algumas garantias, nomeadamente na fase inicial do processo?

O Estatuto refere expressamente no n. 1 do art. 42.º que incumbe ao procurador receber as comunicações e toda a informação devidamente fundada relativa aos crimes, relevando da competência do Tribunal examiná-las, conduzir o inquérito e sustentar a acusação perante o Tribunal. Este é um poder exclusivo do procurador, não constando do Estatuto nenhuma norma a atribuir a qualquer dos outros órgãos do Tribunal idêntica competência.

O art. 53.º, que abre o Capítulo V, relativo ao inquérito e à acusação, enuncia, nas alíneas *a)* a *c)* do n. 1, os pressupostos cumulativos de que depende a decisão do procurador para determinar a abertura do inquérito. São eles:

Em primeiro lugar, a documentação de que o procurador dispõe deve constituir fundamento bastante para crer que um crime da competência do Tribunal foi cometido ou está em vias de ser cometido; em segundo lugar, o procurador deve examinar se, iniciado inquérito, este é ou seria admissível nos termos do art. 17.º; e, em terceiro lugar, se há fundadas razões para crer, tendo em atenção a gravidade do crime e o interesse das vítimas, se a instauração de tal processo não é contrária ao interesse da justiça.

O Estatuto manda ter em consideração o "fundamento razoável" da notícia do crime e "fundamento suficiente" para o exercício da acção penal, mas não

(46) Uma apreciação detalhada sobre os padrões de justiça e o processo penal no projecto do Tribunal Penal Internacional, veja-se em Daniel Mac Sweeney, "International standards of fairness, criminal procedure and The International Criminal Court", Inquisitorial-accusatorial. The collapse of dogmas in criminal procedure?, International Colloquium, Aix-en-Provence, june 9-10, 1997, publicado na *Revue Internationale de Droit Pénal*, 68.º ano, nova série, 1.º e 2.º trimestres de 1997, p. 233-289.

apresenta critérios que densifiquem esses conceitos, bem como os de "gravidade do crime", "interesses das vítimas" ou "interesse da justiça".

O Regulamento Processual, no desenvolvimento de normas sobre este preceito, também não adianta parâmetros de referência a que o procurador deva atender.

A noção de "fundamento suficiente" deverá, pelo menos, apresentar verosimilhança entre o que consta da informação e a realidade dos factos, numa operação intelectual semelhante àquela que no quadro do processo penal nacional se opera quando se avalia a suficiência de indícios, integrando a previsão dos n. 1 e 2 do art. 283.° do CPP.

Quanto ao conceito "interesse da justiça", apesar de também não se indicar nenhum critério orientador, notar-se-á que a expressão aparece noutros artigos do Estatuto (arts. 55.°, n. 2, alínea *d)*, 65.°, n. 4, e 67.°, n. 1, alínea *f)*) e noutros instrumentos de direito internacional, de âmbito universal (art. 14.°, n. 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) ou regional (Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 6.°, n. 1), que poderão significar contributos adjuvantes de interpretação.

Mais difícil é a integração dos conceitos "gravidade do crime" e "interesse das vítimas". No primeiro caso, a moldura penal, que poderia ser um critério atendível, não tem aqui aplicação, porquanto não se estabelecem nem penas específicas para cada crime nem escalas de penas. Quanto ao interesse das vítimas, à indeterminabilidade do conceito acresce a inexistência de indicações, quer no estatuto quer no regulamento processual, quanto à forma e ao modo como se há-de recolher a expressão desse interesse.

A gravidade do crime e o interesse das vítimas são duas vertentes que o procurador deve considerar para avaliar sobre a não concretização do interesse da justiça e, concluído que este se não verifica, abster-se de abrir inquérito. Estamos no único domínio em que o procurador pode gozar de alguma discricionaridade,[47] no desencadear do procedimento criminal.

5.2 Previsão normativa

As funções do procurador, compreendendo os deveres e poderes do procurador em matéria de inquérito, vêm enunciadas no art. 54.°, cujo teor é o seguinte:

"Art. 54.°

Funções e poderes do procurador em matéria de inquérito

1. O procurador deverá:

a) a fim de estabelecer a verdade dos factos, alargar o inquérito a todos os factos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em

(47) Com ressalva, como já se assinalou, do que se prevê quanto ao regime substantivo e processual relativo a infracções ao Tribunal, a que se refere o art. 70.° do Estatuto.

conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa;

b) adoptar as medidas adequadas para assegurar a eficácia do inquérito e do procedimento criminal relativamente aos crimes da jurisdição do Tribunal e, na sua actuação, o procurador terá em conta os interesses e a situação pessoal das vítimas e testemunhas, incluindo a idade, o sexo, tal como definido no n. 3 do art. 7.°, e o estado de saúde; terá igualmente em conta a natureza do crime, em particular quando envolva violência sexual, violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado sexo e violência contra as crianças; e

c) respeitar plenamente os direitos conferidos às pessoas pelo presente Estatuto.

2. O procurador poderá realizar investigações no âmbito de um inquérito no território de um Estado:

a) de acordo com o disposto na Parte IX; ou

b) mediante autorização do Juízo de Instrução, dada nos termos do n. 3 alínea *d)* do art. 57.°.

3. O procurador poderá:

a) reunir e examinar provas;

b) convocar e interrogar pessoas objecto de inquérito e convocar e tomar o depoimento de vítimas e testemunhas;

c) procurar obter a cooperação de qualquer Estado ou organização intergovernamental ou dispositivo intergovernamental, de acordo com a respectiva competência e/ou mandato;

d) celebrar acordos ou convénios compatíveis com o presente Estatuto, que se mostrem necessários para facilitar a cooperação de um Estado, de uma organização intergovernamental ou de uma pessoa;

e) concordar em não divulgar, em qualquer fase do processo, documentos ou informação que tiver obtido, com a condição de preservar o seu carácter confidencial e com o objectivo único de obter novas provas, a menos que quem tiver facilitado a informação consinta na sua divulgação; e

f) adoptar ou requerer que se adoptem as medidas necessárias para assegurar o carácter confidencial da informação, a protecção de pessoas ou a preservação da prova."

5.3 Dever de investigar à charge et à décharge

Este artigo enuncia os deveres e poderes processuais conferidos ao procurador. Elencam-se, no quadro dos deveres, além da cláusula genérica de respeito dos direitos conferidos às pessoas pelo Estatuto, o dever imposto pela alínea *a)* do n. 1 de investigar *à charge et à décharge*, e o dever referido na alínea *b)* de tomar em atenção os interesses das vítimas e testemunhas, dando particular atenção à idade, ao sexo e estado de saúde daquelas.

A obrigação de o procurador investigar *à charge et à décharge* reveste particular relevância, pois afasta-o de modelos recortados do sistema acusatório, em que o procurador é um *partisan* da acusação, visando a condenação a todo o custo. O estatuto molda uma figura, incluída no Tribunal e independente e imparcial, hipotecada ao estabelecimento da verdade e a que justiça seja feita.

O procurador pode, ainda, proceder a diligências de investigação no âmbito de um inquérito no território de um Estado, no contexto da prática de actos no domínio da cooperação judiciária internacional (alínea *a)* do n. 2) ou autorizado pelo Juízo de Instrução (alínea *b)* do n. 2).

O poder de realizar investigações no local constava já do projecto de Estatuto apresentado pela Comissão de Direito Internacional, distinguindo os termos em que as mesmas poderiam ser levadas a efeito.[48]

No mais, o procurador goza dos poderes próprios, que deve exercer subordinado aos termos do estatuto, para levar a cabo a investigação no inquérito, podendo recolher e examinar elementos de prova, convocar e tomar declarações aos intervenientes processuais, assegurar a confidencialidade das informações obtidas, proteger as pessoas, preservar os elementos de prova etc.

São-lhe ainda atribuídos poderes, habitualmente não reservados ao Ministério Púbico, como é o de obter a cooperação de qualquer Estado ou organização internacional ou dispositivo intergovernamental, pretendendo abranger-se com esta fórmula todas as organizações ou entidades susceptíveis ou disponíveis para cooperar.

5.4 Realização de diligências no território do Estado Parte e o dever de protecção de pessoas

Esta norma – n. 2 do art. 54.° – foi objecto de acesos debates entre os opositores da concessão de um tal poder e os que se manifestavam a favor. Argumentavam estes últimos[49] que um Estado que não procede criminalmente contra o suspeito da pratica de crime, relevando da competência do Tribunal, também não cooperará efectivamente na investigação e julgamento desse crime. Além disso, as testemunhas, aqui se incluindo as vítimas, estariam relutantes em testemunhar perante as autoridades nacionais, elas próprias podendo também ter responsabilidades quanto a esse crime. Por último, o Tribunal poderia ficar bloqueado se o Estado não cumprisse com um pedido de cooperação.

A Conferência Diplomática veio a adoptar uma formulação que esclarece os casos em o procurador pode exercer tal poder: a regra geral para proceder a actos

(48) Art. 26.°, alínea *c)*, do Projecto de Estatuto do Tribunal Penal Internacional, inserido no *Report of The International Law Commission*, cit. na nota 18, p. 90-91.

(49) Posição também partilhada pelas ONGs, como nos dá conta Fabricio Guariglia, "Investigations and prosecution", *The making of the Rome Statute*, *supra*, nota 12, p. 231.

de inquérito no território de um Estado é através da cooperação judiciária, tal como se prevê na Parte IX do Estatuto; em casos excepcionais, previstos na alínea *d)* do n. 3 do art. 57.º [50] e apenas nas hipóteses em que o local onde se irão praticar os actos de recolha de prova se situa no território de um Estado Parte, o procurador pode realizar directamente e nesse território tais diligências.[51]

Nas funções do procurador inclui-se, também, como já se assinalou, o dever de ter em atenção os interesses e a situação pessoal das vítimas[52] e testemunhas (art. 54.º, n. 1, alínea *c)*). Esta norma contém uma vertente de protecção das vítimas e testemunhas melhor desenvolvida no art. 68.º, no qual se prevê que o Tribunal deve adoptar "as medidas adequadas para garantir a segurança, o bem estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas", sendo que essas medidas não podem ser incompatíveis com os direitos do arguido.

6. Intervenção do procurador na fase do julgamento

Na fase de julgamento, o Estatuto menciona expressamente, no art. 66.º, n. 2,[53] que o ónus de provar a culpa do arguido incumbe ao procurador. Por outro lado, como órgão de justiça cabe-lhe sustentar a acusação, podendo retirá-la, com autorização do Juízo de Instrução, como previsto na parte final do n. 9 do art. 61.º.[54]

(50) Esta norma preceitua o seguinte: "Art. 57.º (...) Independentemente das outras funções cometidas pelo presente Estatuto, o Juízo de instrução poderá: (...) Autorizar o procurador a adoptar medidas específicas no âmbito de um inquérito, no território de um Estado Parte sem ter obtido a cooperação deste nos termos do disposto na Parte IX, caso o Juízo de Instrução determine que, tendo em consideração, na medida do possível, a posição do referido Estado, este último não está manifestamente em condições de satisfazer um pedido de cooperação face à incapacidade de todas as autoridades ou órgãos do seu sistema judiciário com competência para dar seguimento a um pedido de cooperação formulado nos termos do disposto na Parte IX".

(51) Para mais pormenores sobre o processo negocial que conduziu à adopção dessa competência ao procurador, veja-se o autor citado na nota 49, p. 231-233.

(52) O conceito de vítima vem definido nas alíneas *a)* e *b)* da regra 85 do Regulamento Processual. Entende-se por vítima toda a pessoa física que sofreu um prejuízo pela prática de um crime relevando da competência do Tribunal; o termo vítima pode ainda incluir toda a organização ou instituição de que um bem destinado à religião, ao ensino, às artes, às ciências ou à caridade, um monumento histórico, um hospital ou qualquer lugar ou objecto utilizado para fins humanitários sofreu um prejuízo. Toda a matéria respeitante ao estatuto e regime de intervenção das vítimas no processo consta das regas 85 a 93 do Regulamento Processual.

(53) Este artigo, com epígrafe "Presunção de inocência" preceitua no n. 2: "Incumbe ao procurador o ónus da prova da culpa do arguido".

(54) Este preceito respeita à confirmação da acusação antes do julgamento e o n. 9 prevê: "Tendo os factos constantes da acusação sido declarados procedentes, e antes do início do julgamento, o procurador poderá, mediante autorização do Juízo de Instrução e

É diversa a forma de processo consoante haja, ou não, confissão. No primeiro caso, a produção de prova restringe-se à verificação dos requisitos previstos no art. 65.°, n. 1. Não havendo confissão ou não sendo esta considerada relevante, seguir-se-á o processo comum, eventualmente perante outro juízo (art. 65.°, n. 3, parte final). Neste caso, o procurador desempenhará um papel importante na produção de prova, com vista a sustentar a acusação. No entanto, afirma o n. 9 do mesmo artigo, quaisquer consultas entre o procurador e a defesa, no que diz respeito à alteração dos factos constantes da acusação, à confissão ou à pena a ser imposta, não vincularão o Tribunal.[55]

A organização dos trabalhos em audiência, a ordem de produção de prova e demais regras a observar regem-se pelo Estatuto, designadamente o seu art. 64.°, complementado com o disposto nas regras 132 a 141 do Regulamento Processual.

7. Recurso da decisão final, da pena, de decisão interlocutória e recurso de revisão de sentença condenatória ou da pena: intervenção do procurador

Em sede de recursos, o Estatuto atribui ao procurador legitimidade para recorrer das decisões do juízo de primeira instância sobre a culpabilidade ou a pena, nos termos do art. 81.°, bem como de decisões interlocutória, nos termos do art. 82.°.

O procurador pode interpor recurso da sentença com fundamento em vício processual, erro de facto ou erro de direito (alínea *a)* do n. 1 do art. 81.°), ou, agindo no interesse do arguido, quando considere verificado outro motivo susceptível de afectar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença (alínea *b)* do citado n. 1). Por outro lado, o procurador pode, também, interpor recurso da pena imposta, quando repute que se verifica uma desproporção entre esta e o crime (n. 2, alínea *a)*).

No âmbito dos recursos, as negociações tiveram que vencer dois tipos de antagonismos: por um lado, a questão da atribuição de legitimidade ao arguido para recorrer da sentença condenatória,[56] e, por outro lado, a questão da legitimidade do procurador para recorrer de uma decisão absolutória.

notificação prévia do arguido, alterar alguns factos constantes da acusação. Se o procurador pretender acrescentar novos factos ou substituí-los por outros de natureza mais grave, deverá, nos termos do presente artigo, requerer uma audiência para a respectiva apreciação. Após o início do julgamento, o procurador poderá retirar a acusação, com autorização do Juízo de Instrução".

(55) Esta norma representa o compromisso possível entre os sistemas de *common law* e de direito continental quanto a um instituto conhecido por *plea bargain*. Não se inviabilizam negociações entre o procurador e a defesa, mas essas negociações não vinculam o Tribunal e só a ele cabe decidir. Vd. William Bourdon, *La Cour Pénale Internationale*, cit. *supra*, nota 12, anotação ao art. 65.°, p. 196-197.

(56) Veja-se, sobre os trabalhos preparatórios do preceito e as justificações para esta posição, Helen Brady and Mark Jennings, "Appeal and revision", *The making of the Rome Statute*, cit. *supra*, nota 12, p. 294-296.

Deixemos o primeiro diferendo, que exorbitaria dos limites deste estudo, e cinjamo-nos à segunda questão controvertida. Contra a atribuição de legitimidade ao procurador para recorrer de uma decisão absolutória manifestavam-se, sobretudo, os países de sistemas de *common law*, onde tal recurso é visto como uma violação do princípio *non bis in idem*.[57]

A favor da inclusão da norma referia-se que o art. 48.° do projecto de Estatuto da Comissão de Direito Internacional permitia o recurso dessas decisões e outros instrumentos de direito internacional[58] não se lhe opunham. De igual modo, os arts. 25.° do Tribunal Penal para a ex-Jugoslávia e o art. 24.° do Tribunal Penal para o Ruanda atribuem competência ao procurador para recorrer, em caso de condenação ou de absolvição.

Estas disposições vieram a revelar-se decisivas para sustentar que a interposição de recurso de uma decisão absolutória não colide com os direitos do arguido concedido por tais instrumentos de direito convencional, e pela admissão do princípio que, assim, passou a integrar esta norma do Estatuto.[59]

Sobre decisões interlocutórias, as que podem ser objecto de recurso estão enumeradas nas alíneas *a)* a *f)* do n. 1 do art. 82.°.[60]

Em sede de recurso de revisão da sentença condenatória ou da pena, o procurador, no interesse do condenado, pode submeter ao juízo de recursos um requerimento solicitando a revisão da sentença condenatória ou da pena pelos motivos constantes das alíneas *a)* a *c)* do n. 1 do art. 84.°.

(57) Escreve-se expressamente a tal propósito: "... such appeals are regarded as violating the rule against double jeopardy", autor cit. nota anterior, p. 297.

(58) Art. 14.°, n. 7, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, assinado em Nova Iorque, e entrado em vigor em 23.03.1976, que dispõe: "Ninguém pode ser julgado ou punido novamente por motivo de uma infracção da qual já foi absolvido ou pela qual já foi condenado por sentença definitiva em conformidade com a lei e o processo penal de cada país"; art. 8.°, n. 4, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969): "An accused person acquited by a nonappealable judgement shall not be subjected to a new trial for the same cause"; e art. 4.°, n. 1, do Protocolo n. 7 da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, ratificada pela Lei 65/78, de 13 de outubro, que dispõe: "Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado".

(59) As regras 149 a 152 do Regulamento Processual regem o processo de recurso na Secção de Recursos.

(60) Com a seguinte redacção: "*a)* decisão sobre a competência ou sobre a admissibilidade do caso; *b)* decisão que autorize ou recuse a libertação da pessoa objecto de inquérito ou de procedimento criminal; *c)* decisão do Juízo de Instrução de agir por iniciativa própria, nos termos do n. 3 do art. 56.°; *d)* decisão relativa a uma questão susceptível de afectar significativamente a tramitação equitativa e célere do processo ou o resultado do julgamento, e cuja resolução imediata pelo juízo de recursos poderia, no entender do Juízo de Instrução ou do juízo de julgamento em primeira instância, acelerar a marcha do processo".

São fundamentos para requerer a revisão: a descoberta de novos elementos de prova, de que não se dispunha aquando do julgamento, de tal forma importantes que, se tivessem ficado provados no julgamento, teriam provavelmente conduzido a um veredicto diferente; a descoberta de que elementos de prova, apreciados no julgamento e decisivos para a determinação da culpa, eram falsos ou tinham sido objecto de contrafacção ou falsificação; e o facto de um ou vários dos juizes que intervieram na decisão condenatória ou confirmaram a acusação hajam praticado actos de conduta reprovável ou de incumprimento dos respectivos deveres de tal forma graves que justifiquem a sua cessação de funções nos termos do art. 46.º do Estatuto.

O Estatuto não admite a revisão da sentença absolutória. Apesar de no projecto de Estatuto submetido à Conferência se prever, no n. 2 do art. 83.º, que também nos casos de absolvição seria admissível interpor recurso de revisão, desde que novos elementos de prova tivessem surgido nos cinco anos posteriores à data da decisão final, essa norma foi objecto de forte oposição, não vindo a ser incorporada no texto definitivo.

8. O procurador e a execução das decisões

Na execução da pena, a que se referem os arts. 103.º a 111.º, o Estatuto não comete específicas atribuições ao procurador.

No entanto, sendo o procurador parte integrante do Tribunal, terá sempre as intervenções que se mostrarem necessárias quando este tiver de intervir no processo de execução. E assim, o Regulamento Processual comete ao secretário o dever de informar o procurador do Estado designado para a execução da pena (n. 1 da regra 206), bem como atribui ao procurador poderes para pedir e intervir no processo de mudança do Estado da execução (regras 209 e 210).

Além disso, o procurador é ouvido nos termos da regra 214, quanto aos pedidos formulados ao abrigo do art. 108.º do Estatuto, que se refere às restrições ao procedimento criminal ou à condenação por outras infracções, e nos termos da regra 221 quanto à execução das penas de multa e das medidas de perda a que se refere o art. 109.º, e intervém, nos termos da regra 224, nos incidentes em que é pedida a redução da pena, nos termos do art. 110.º do Estatuto.

9. O procurador e a cooperação internacional e o auxílio judiciário

No domínio da cooperação internacional já se mencionaram algumas áreas de intervenção do procurador,[61] convindo apenas dar algumas notas mais detalhadas sobre os seus poderes neste domínio.

(61) Vd. *supra*, ponto "5.4. Realização de diligências no território do Estado Parte e dever de protecção de pessoas", onde se apresentou uma pequena abordagem desta matéria.

O art. 99.° do Estatuto, que dispõe sobre execução dos pedidos apresentados ao abrigo dos arts. 93.° e 96.°, estabelece na extensa disposição do n. 4 que, sem prejuízo dos demais artigos do capítulo relativo à cooperação internacional e auxílio judiciário, sempre que seja necessário para a execução com sucesso de um pedido, e não haja que recorrer a medidas coercivas, nomeadamente quando se trate de ouvir ou levar uma pessoa a depor de sua livre vontade, mesmo sem a presença das autoridades do Estado parte requerido se tal for determinante para a execução do pedido, ou quando se trate de examinar, sem proceder a alterações, um sítio público ou um outro local público, o procurador poderá dar cumprimento ao pedido directamente no território de um Estado, de acordo com as seguintes modalidades:

a) quando o Estado requerido for o Estado em cujo território haja indícios de ter sido cometido o crime e existir uma decisão sobre a admissibilidade tal como previsto no art. 18.° ou 19.°, o procurador poderá executar directamente o pedido, depois de ter levado a cabo consultas tão amplas quanto possível com o Estado requerido;

b) em outros casos, o procurador poderá executar o pedido após consultas com o Estado parte requerido e tendo em conta as condições ou as preocupações razoáveis que esse Estado tenha eventualmente argumentado. Sempre que o Estado requerido verificar que a execução de um pedido nos termos da presente alínea suscita dificuldades, consultará de imediato o Tribunal para resolver a questão.

Este preceito pretende balançar o equilíbrio que foi necessário acordar entre as duas perspectivas em confronto nas negociações: de um lado, os Estados que pretendiam um procurador forte, que não aceitavam que o consentimento dos Estados fosse considerado um pré-requisito de autorização à efectivação de diligências de investigação no Estado parte, e, do outro lado, os Estados que, zelosos da sua soberania, defendiam a necessidade do consentimento para que o procurador levasse a cabo diligências no seu território.

A solução encontrada[62] representa uma flexibilização do projecto, esbatendo a imperatividade da redacção inicial e, bem assim, uma limitação do alcance da medida, restringindo-a às situações em que não se haja de recorrer a medidas coercivas, além de estabelecer a distinção entre os casos em que o pedido é formulado a um Estado em cujo território ocorreram os factos (alínea *a)*) e aqueles outros em que o pedido é formulado a um terceiro Estado, em que o cumprimento do pedido se seguirá à realização de "consultas" e "tendo em conta as condições ou as preocupações razoáveis que o Estado tenha eventualmente argumentado" (alínea *b)*).

(62) Para maior explanação sobre os passos das negociações, veja-se Phakiso Mochochoko, "International cooperation and judicial assistance", *The making of the Rome Statute*, cit. *supra*, nota 12, p. 314-317.

10. Infracções à administração da justiça

De acordo com o Estatuto, o Tribunal tem jurisdição não só sobre os crimes referidos no n. 1 do art. 5.° (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão, este quando vier a ser objecto de definição, nos termos mencionados no n. 2), mas também sobre outro tipo de ilícitos, só quando revestirem a forma dolosa, denominados *offences* (infracções), a que se reporta o art. 70.°, puníveis com pena de prisão até cinco anos ou multa.

Nos termos do n. 1 deste preceito, entre os comportamentos susceptíveis de integrar tais infracções, destacam-se a prestação de falso testemunho, quando há a obrigação de dizer a verdade, de acordo com o n. 1 do art. 69.° (alínea *a)*), apresentação de provas, tendo a parte conhecimento de que são falsas ou que foram falsificadas (alínea *b)*), a solicitação ou aceitação de suborno na qualidade de funcionário do Tribunal, e em relação com o desempenho das respectivas funções oficiais (alínea *f)*) etc.

A perseguição e julgamento destas infracções rege-se por um regime diverso daquele que o Estatuto consagra para os crimes. Com efeito, nos termos do n. 2, remete-se para o Regulamento Processual a definição dos princípios e procedimentos que regularão o exercício da competência do Tribunal relativamente às infracções nele previstas, e, por outro lado, as condições de cooperação internacional com o Tribunal, relativamente ao procedimento que adopte de acordo com o citado artigo, reger-se-ão pelo direito interno do Estado requerido.

O Regulamento Processual estabelece um regime detalhado para o exercício da competência pelo Tribunal, para a instauração de inquérito, acusação, julgamento, limite máximo da pena de multa e execução das penas, tudo regulado nas regras 162 a 169.

As diferenças são significativas, designadamente pela inaplicabilidade dos correspondentes artigos do Capítulo II do Estatuto, que respeita à jurisdição, admissibilidade e direito aplicável, ressalvado o art. 21.°, relativo ao direito aplicável, e dos artigos do Capítulo X, que dispõe sobre a execução da pena, exceptuados os arts. 103.°, 107.°, e 109.° a 111.°.

Especificamente sobre a actuação do procurador, interessa destacar que a notícia de crime pode não dar lugar à abertura de inquérito, conferindo-se ao procurador o poder e não o dever de o fazer, como previsto no n. 1 da regra 165, depois de considerar os pressupostos enumerativos mencionados no n. 2 da regra 162,[63] aplicável por remissão, por força do estatuído no n. 1 da regra 163.

(63) Dispõe o n. 2 desta regra: "In making a decision whether or not to exercise jurisdiction, the Court may consider, in particular: the availability and effectiveness of prosecution in a State Party; the seriousness of an offence; the possible joinder of charges under article 70 with charges under articles 5 to 8; the need to expedite proceedings; links with an ongoing investigation or a trial before the Court; and evidentiary considerations".

Estamos, pode afirmar-se, perante um verdadeiro princípio de oportunidade, a que nem sequer se aplica o regime do art. 53.°, que manda o procurador atender à verificação do interesse da justiça para formar a decisão de instaurar ou não inquérito, norma que é expressamente excepcionada pelo n. 2 da regra 165.[64]

11. Considerações finais

Este texto pretende alcançar um duplo objectivo: dar a conhecer uma realidade ainda pouco familiar à comunidade jurídica nacional e, simultaneamente, deixar algum contributo de análise sobre o estatuto e funções do procurador, o mesmo é dizer do Ministério Público, no Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal só entrará em funções quando o Estatuto for ratificado por 60 Estados, pelo menos.

No final de 2000, 139 países tinham-no assinado e 27, ratificado. E se o número de assinaturas não sofrerá alteração em face do que se dispõe no art. 125.°, n. 1, do Estatuto, o cômputo das ratificações progrediu para 36, no curto espaço de 6 meses.[65] Crê-se que já não falta muito tempo para que o Tribunal entre em funcionamento e se possa avaliar se o modelo de procurador que os Estados criaram se mostra idóneo à prossecução de uma justiça justa, célere, equitativa, capaz de constituir uma referência para a comunidade internacional.

Sobra a certeza de que o paradigma instituído "deve ser visto como um marco decisivo deste século e um significativo contributo para o direito internacional".[66]

(64) Esta regra excepciona também a aplicabilidade do art. 59.° do Estatuto, relativa aos procedimentos de detenção no Estado da detenção.

(65) Em 30.06.2001, data da revisão deste estudo, era este o número de ratificações existentes, aguardando-se, a breve prazo, o surgimento de muitas mais face à ultimação dos processos de ratificação que se desenrolam em diversos países em redor do globo.

(66) Roy S. Lee, "Introduction", *The making of the Rome Statute*, cit. *supra*, nota 12, p. 35.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.2

DOMÍNIO DO FATO PELO DOMÍNIO DA VONTADE EM VIRTUDE DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Uma valoração crítica e ulteriores contribuições*

KAI AMBOS

SUMÁRIO: 1. A jurisprudência recente – 2. Posições defendidas na doutrina: 2.1 A teoria do domínio do fato e do domínio em virtude de organização de Roxin como ponto de partida dogmático; 2.2 Posições que coincidem com os resultados alcançados: 2.2.1 Domínio por organização em virtude da fungibilidade (opinião dominante); 2.2.2 Outras fundamentações do domínio por organização (Bottke, Schild); 2.2.3 Equivalentes de domínio de organização (Schroeder, Murmann); 2.3 Pontos de vista discrepantes: 2.3.1 Coautoria (Jakobs); 2.3.2 Indução pelo superior; 2.3.3 Bocklemann/Volk; 2.4 Valoração global – 3. Sobre a concreção do domínio por organização: 3.1 Grupos de casos: 3.1.1 Delitos de uma estrutura de poder de organização estatal; 3.1.2 Delitos de uma estrutura de poder de organização não estatal (criminalidade organizada); 3.2 Domínio por organização e aparatos desvinculados do direito: 3.2.1 Aparato de poder de organização não estatal; 3.2.2 Aparato de poder de organização estatal – 4. Conclusão.

Resumo: No ano de 1963, Roxin[1] apresentou na revista *Goltdammer's Archiv* a sua doutrina do "domínio da vontade em virtude de estruturas organizadas de poder", desenvolvida com base na teoria do domínio do fato. Atualmente – vale dizer, mais de trinta

(*) Tradução de Evandro Femandes de Pontes a partir da versão espanhola de Manuel Cancio Meliá ("Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder". *Cuadernos de Conferencias y Articulos* n. 20. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, 1998), com revisão do autor. Este artigo foi originalmente publicado em uma versão mais curta e anterior em *Goltdammer's Archiv (GA)* 1998, p. 226-245. O Prof. Roxin contesta a crítica a seu critério de desvinculação de direito em um recente artigo na obra comemorativa de Samson, Dencker, Frisch, Frister e Reiß (Orgs.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburststag*, Baden-Baden, 1999, p. 549-561); o autor deste artigo responde a ele em seu trabalho de "Habilitation".

(1) *GA* 1963, p. 193 (p. 200 *et seq.*); *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6. ed., 1994, p. 243-252; recentemente também em Juan Carlos Ferré Olivé e Enrique Anarte Borrallo (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva, 1999, p. 191 *et seq.*; versão alemã mais atualizada em *Festschrift für Gerald Grünwald*, cit.

anos depois –, essa doutrina, ainda que tenha sido aceita pela jurisprudência (1), ainda não experimentou um ulterior desenvolvimento que possa se considerar satisfatório. A doutrina científica realizou uma intensa atividade de novos elementos terminológicos, submetendo o modelo de Roxin a uma crítica que em parte fora plenamente justificada. Não obstante, não se apresentaram nesse contexto propostas de solução convincentes (2). Apenas através da necessária concreção da mesma noção de domínio em virtude de organização é que se pode alcançar a sua delimitação material em dois grupos de casos, sendo então também prescindível o critério da desvinculação do ordenamento jurídico (3).

Palavras-chave: Participação – Responsabilidade individual – Domínio do fato – Domínio da vontade – Aparatos organizados de poder.

1. A jurisprudência recente

Como é sabido, atualmente, a jurisprudência dos tribunais superiores alemães parte da ciência de que o homem, que está por trás das ações – apesar de ser o instrumento (executor) um sujeito responsável –, tem o domínio do fato quando "aproveita determinadas condições pré-configuradas por estruturas de organização, de modo que, dentro dessas condições sobre a sua contribuição ao fato, desencadeia processos regrados".[2] De acordo com essa posição, esse tipo de condição-marco pode existir especialmente nas estruturas de organização de caráter estatal, empresarial ou próximas a um negócio, assim como no caso de hierarquias de comando: "se em tal caso o homem que opera superiormente atua em conhecimento dessas circunstâncias, especialmente, se aproveita a disposição incondicional do autor material realizar o tipo, e se o superior deseja o resultado enquanto de sua própria atuação", será autor mediato.[3] Para ele, nem sequer é preciso que o superior – de acordo com uma resolução recente[4] – seja um sujeito com faculdade de decisão política; também o comandante de um regimento de tropas de fronteiras pode converter-se, mediante uma ordem de disparar (realizada mediante atos concludentes) a um subordinado, em autor mediato do homicídio cometido por este.

Segue sem estar claro se com isto a jurisprudência abandona a teoria subjetiva e assume de modo completo a teoria (objetiva) do *domínio do fato*. Ao encontro deste parece advogar o direito de que – como já sucedia antes – siga tomando como ponto de referência a "vontade de ter domínio do fato", realizando tão-somente – como nos casos normais de autoria mediata – corre-

(2) *BGH Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1994, p. 2.703 (=BGHSt 40, p. 218); assim como *BGH Strafverteidiger (StV)*, 1995, p. 70 (71) e LG Berlin, sentença de 10.09.1996, Autos (536) 2 Js 15/92 Ks (2/95) – gerais, p. 111 *et seq.*

(3) *BGH NJW*, 1994, p. 2.703 (2.706).

(4) *BGH NJW*, 1996, p. 2.042 (2.043).

ções objetivas mediante os critérios da teoria do domínio do fato.[5] De outra parte, sem embargo, caberia qualificar com *Roxin*[6] essa manutenção da "vontade de ter domínio do fato" como "irrelevante" e "supérflua", se se tem em conta que se faz um uso constante dos critérios da teoria do domínio do fato, especialmente em caso de rejeição da co-autoria por falta de divisão funcional das tarefas (vide sobre isso mais adiante). Sob este ponto de vista, caberia considerar então a já citada resolução BGHSt 40, p. 218, como resolução na qual "se impõe definitivamente a teoria do domínio do fato". Em todo caso, o que é seguro é que o BGH não apóia de modo geral a autoria mediata no interesse de fato do superior, de modo que não retorna à teoria subjetiva extrema (Staschynskij, "caso da banheira";[7] teoria que em todo caso já não seria defensável, tendo em conta o teor literal do § 25,[8] I, primeira hipótese, na primeira parte StGB "por si").[9]

2. Posições defendidas na doutrina

2.1 A teoria do domínio do fato e do domínio em virtude de organização de Roxin como ponto de partida dogmático

Roxin distingue três formas de domínio do fato: *domínio do fato por ação, por vontade* e *domínio do fato funcional*,[10] podendo dar-se o domínio por vontade – que é aquele que adquire relevância neste contexto – em três modalidades: "Pode-se *coagir* a quem quer que atue, pode-se usar da circunstância decisiva para a autoria como *fator causal cego*; ou, se o sujeito que atua não é nem coagido nem enganado, há de se tratar de um sujeito que possa *intercambiar livremente*".[11] De modo bem sintético, se alude assim ao domínio da vontade por coação,[12]

(5) Nesse mesmo sentido, Schulz, *Juristische Schulung (JuS)*, 1997, p. 109 (111); cfr. de modo geral sobre a chamada teoria subjetiva, partindo de uma consideração de tipo objetivo, por exemplo, Kühl, *Strafrecht AT*, 2. ed., 1997, § 20 n.m. 30 *et seq.*

(6) Roxin, *Juristische Ausbildung (JA)*, 1995, p. 49 (50 *et seq.*). Se soma *Murmann*, GA 1996, p. 269 (271). Cfr. também já Herzberg, *Jura 1990*, p. 16 (20 *et seq.*) a respeito *BGHSt* 35, p. 347 ("rei dos gatos").

(7) Cfr. Kühl, AT (supra, n. 4), § 20 n.m. 22 *et seq.*

(8) O § 25 StGB dispõe: "Autoria. (1) Será apenado como autor quem cometer fato punível por si ou por meio de outro. (2) Se vários cometem o fato punível em comum, cada um deles será apenado como autor (coautores)".

(9) Nesse mesmo sentido, Roxin, *Juristenzeitung (JZ)*, 1995, p. 49 (50).

(10) Cfr. Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 127 *et seq.*, 275 *et seq.* Tão-só o domínio do fato funcional se adstringe de modo unívoco a uma forma de autoria (à co-autoria; idem, ibidem, p. 275 *et seq.*).

(11) Idem, ibidem, p. 245 (sem grifos no original).

(12) Idem, ibidem, p. 142 *et seq.*

por erro[13] ou "em virtude de estruturas organizadas de poder".[14] Essa última modalidade de domínio pela vontade, que Roxin também denomina *domínio por organização*,[15] consiste em sua opinião "no modo de funcionamento específico das estruturas... que estão à disposição do superior". De acordo com esse ponto de vista, o aparato funciona "sem que seja decisiva a pessoa individual de quem executa, de modo praticamente 'automático'".[16] Partindo do fato de que os executores são intercambiáveis (*fungibilidade*), não sendo sequer necessário que o superior os conheça, este pode confiar que se cumpram as suas instruções, pois, ainda que um dos executores não cumpra com a sua ordem, imediatamente outro ocupará o seu lugar, de modo que aquele, mediante sua negativa de cumprir a ordem, não pode impedir o fato, mas tão-somente subtrair sua contribuição do mesmo.[17] Por conseguinte, os executores apenas são "peças" intercambiáveis "na engrenagem das estruturas do poder",[18] de modo que a figura central na sucessão – apesar da perda da proximidade com o fato – é o superior em virtude de sua "medida do domínio da organização".[19] Para afirmar a concorrência do domínio do fato neste, não é decisiva a ação do executor, mas somente o fato de que "possa dirigir a parte da organização que se encontre às suas ordens, sem haver a necessidade de fazer depender a realização do delito de outros".[20] De acordo com o anterior, sob tal ponto de vista pode entrar em consideração como autor mediato quem quer que esteja imiscuído em uma estrutura de organização, de modo que "possa dar ordens a pessoas a si subordinadas" e faça uso dessa faculdade "para a realização de ações puníveis".[21]

2.2 *Posições que coincidem com os resultados alcançados*

Dentro do grupo daqueles autores que afirmam em última instância a concorrência de autoria mediata, cabe advertir ao menos três pontos de partida diferentes:

(13) Idem, ibidem, p. 170 *et seq.*

(14) Idem, ibidem, p. 242 *et seq.*, 653 *et seq.* Cfr. também Roxin, *GA*, 1963, p. 193 (200 *et seq.*); idem, *Lange-Fetschrift (FS)* 1976, p. 173 (192 *et seq.*); LK-Roxin, 11. ed., 8. tir., 1993, § 25 n.m. 128 *et seq.*; idem, *JZ* 1995, p. 49; ver também a recente publicacão citada supra, nota 1.

(15) Cf., por exemplo, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 246-249.

(16) Idem, ibidem, p. 245.

(17) Nesse sentido Jäger, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)*, 1963, p. 73 (e 78 *et seq.*).

(18) Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 245.

(19) Idem, ibidem, p. 247.

(20) Idem, ibidem, p. 248.

(21) Idem, ibidem.

2.2.1 Domínio por organização em virtude da fungibilidade (opinião dominante)

A opinião dominante,[22] seguindo Roxin, assume o critério do domínio pela organização, sendo poucos os autores que se esforçam em oferecer uma fundamentação própria.[23]

O conceito de Herzberg[24] coincide de modo pleno com o critério de fungibilidade de Roxin a partir de que – configurando uma exceção ao princípio da responsabilidade pelo reconhecido – a liberdade de decisão de quem recebe as ordens (executores) não afeta o domínio do fato dos superiores. Portanto, em sua opinião, nesse contexto, o verdadeiro instrumento não é a pessoa individual, e sim um mecanismo de poder que funciona de modo praticamente automático, o "aparato", que segue funcionando sem dificuldades ainda que o indivíduo se negue a intervir.

Bloy[25] assume que se trata de uma suposição de imputação por "injusto de organização", e tão-somente no caso do clássico injusto individual está disposto a reconhecer uma limitação da autoria mediata através do princípio da responsabilidade. Resulta convincente o ponto de vista por ele introduzido segundo o qual pela regra geral uma conduta coordenada em sentido *vertical* só pode dar lugar à autoria mediata, enquanto a co-autoria tem como pressuposto uma conduta coordenada no plano *horizontal*.[26]

(22) Cf. S/S Cramer, 25. ed., 1997, § 25 n.m. 25; Lackner, *StGB*, 21. ed., 1995, § 25 n.m. 2; Tröndle, *StGB*, 48. ed., 1997, § 25 n.m. 3 (remetendo, contudo, tão-somente a Schroeder); Maurach e Gössel, *AT/2*, 7. ed., 1989, § 48 n.m. 88 (com uma posição crítica a respeito da contradição com o princípio da responsabilidade); Eser, *Strafrecht II*, 3. ed., 1981, n.m. 790 *et seq.*; idem, Schweizer Strafrecht, 2. ed., 1996, § 13 n.m. 34; Wessels, *Strafrecht AT*, 25. ed., 1995, n.m. 541; Gropp, *Strafrecht AT*, 1997, p. 316 *et seq.*; Lampe, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften (ZStW)* 106 (1994), p. 683 (743); Jung, *JuS* 1995, p. 173 (174); Küpper, *GA* 1998, 523 *et seq.*; também Freund, *Strafrecht AT*, 1998, § 10 notas marginais 90 *et seq.* e 102 *et seq.*, mas com outra fundamentacão – Ver para a doutrina espanhola, italiana e portuguesa a recente monografía de *Hernández Plasencia, La autoría mediata en derecho penal*, Granada, 1996, p. 257 *et seq.*; ver também: Muñoz Conde, In: Ferré; Anarte (eds.), supra, nota 1, p. 151 *et seq.* (154); Figueiredo Dias, In: Ferré; Anarte, p. 99 *et seq.* (102 *et seq.*).

(23) Cf., além do texto que se segue, a assaz instrutiva exposição de Gropp, *JuS*, 1996, p. 13 (15 *et seq.*), quem, apesar de expressar certas dúvidas, acaba seguindo Roxin no que se refere aos resultados alcançados.

(24) Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 42 *et seq.*; idem, *Jura 1990*, p. 16 (23 *et seq.*). Contudo, Herzberg parece haver modificado sua posição en favor de uma indução en uma recente conferencia, não publicada (citado por Roxin em *Festschrift Grünwald*, supra, nota 1).

(25) Bloy, *GA*, 1996, p. 424 (437 *et seq.*).

(26) A respeito da estrutura de mando vertical na antiga República Democrática Alemã (RDA) – ainda que em relação com a fundamentação da indução –, Lüderssen, *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?*, Frankfurt am Main, 1992, p. 88 *et seq.*

Também Schmidhäuser[27] aceita atualmente o critério da fungibilidade, mas afirma a concorrência de autoria mediata também naqueles casos em que a vítima é posta à mercê de uma multidão disposta a levar a cabo o fato.

2.2.2 Outras fundamentações do domínio por organização (Bottke, Schild)

Se bem que Bottke[28] faça uso do conceito de *domínio de configuração a partir de uma posição (relevantemente) superior* (em lugar do domínio pela vontade), em última instância também toma como ponto de referência o domínio por organização, ao afirmar a concorrência de autoria mediata em quem, "ocupando, dentro de uma estrutura organizada de poder com atitude global criminógena, um determinado posto, dá instruções a outro que ostenta um posto inferior para que cometa um delito, podendo contar que, por causa da atitude criminal do coletivo, já estabelecida, e do poder de mando e disposição a cumprir ordens que naquele existe, muito provavelmente sua ordem será cumprida".[29]

Também Schild[30] reconhece a constituição do domínio por organização, mas a reconduz – como no caso do domínio por coação e por erro – não ao domínio pela vontade, mas exclusivamente ao *domínio da ação* do superior. Quanto ao resultado alcançado, esse autor, contudo, se mostra partidário – contra a autoria mediata como categoria autônoma – em afirmar a ocorrência de uma mera autoria individual.

Em todos os casos de autoria mediata defendida por Roxin como domínio por vontade (melhor dizendo, em virtude de coação, de erro ou de aparatos organizados de poder[31]) de acordo com o ponto de vista de Schild, o superior não comete o fato tão-somente "por meio" de outro (como prevê o § 25, I, segunda alternativa), "mas quem comete desse modo o fato por meio de outro *cria ele mesmo a ação típica* (precisamente, através de um instrumento, e, por isso, não por meio de 'outro')";[32] nesse sentido, haveriam de tomar-se como ponto de referência as condutas típicas da Parte Especial, incluindo o dolo.[33] Desse modo, Schild proclama que a distinção entre autoria direta e mediata no sentido do § 25, I – distin-

(27) Schmidhäuser, *Strafrecht AT (Studienbuch)*, 2. ed., 1984, 10/95; sobre a sua opinião anterior, cf. Idem, *Lehrbuch Strafrecht AT*, 2. ed., 1975, 14/49.

(28) Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft: zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineropäischen Strafrechtssystems*, Heidelberg, 1992, p. 60 *et seq.*, 71 *et seq.* Cf. a valoração crítica de Lesch, *GA*, 1994, p. 112 (123 *et seq.*).

(29) Bottke (supra, n. 27), p. 71 *et seq.*

(30) Schild, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, p. 10, 16, 19, 24 *et seq.* Vide a valoração crítica de Bloy, *GA*, 1996, p. 239.

(31) Cfr. supra, texto correspondente às notas 10 *et seq.*

(32) Schild (supra, n. 29), p. 24.

(33) Contra, Bloy, *GA*, 1996, p. 239 (241).

ção que em sua opinião se baseia em um "conceito de ação prenormativo, que toma como referência os fenômenos externos (imediatos) em si mesmos"[34] –, é supérflua de modo geral.

2.2.3 Equivalentes de domínio de organização (Schroeder, Murmann)

Schroeder[35] constrói um critério de *decisão incondicional de cometer o fato* na pessoa do executor, considerando que o domínio por organização é uma "construção *ad hoc*" cujo elemento central (qual seja, o critério da fungibilidade) não pode configurar o fundamento material do domínio do fato; pois, em sua opinião, por um lado, esse critério leva em conta a especialização funcional dos executores produzida pelo lento processo de integração em tais organizações, e, por outro lado, ainda, o fato de que os executores não serem intercambiáveis não mudaria em nada a responsabilidade jurídico-penal dos superiores. Segundo esse autor, o elemento decisivo do ponto de vista material está em que a todo momento existam "pessoas dispostas a levar a cabo o fato". Ademais, Schroeder remete a Korn,[36] que considera o critério da fungibilidade "superficial", e por isso recorre a outros distintos, como que não existam disposições jurídicas contrárias ao fato que impeçam a sua execução (disposições que, em sua opinião, não existiam no sistema nazista), a educação para cumprir sem objeção algumas ordens recebidas, assim como a relação de superioridade e subordinação em uma ordem hierárquica com ampla divisão de competências.

No conjunto, a exposição de Schroeder não pode resultar convincente.[37] Antes de mais nada, há de se destacar que Korn não constitui uma referência confiável em oposição a Roxin, porque não invoca – apesar da crítica antes mencionada – constantemente os argumentos deste como base de seu próprio desenvolvimento,[38] sem o que, ademais, chega ao mesmo resultado material que ele, ao considerar o indivíduo com "instrumento" "quando exerça a sua atividade em uma *estrutura organizada de poder*, de tal modo... que atua sem vontade de dominar o fato".[39] De outra parte, a tese de Schroeder da disposição "incondicionada" de levar a

(34) Schild (supra, n. 29), p. 24.

(35) Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 143 *et seq.* (152, 158, 167 *et seq.*); idem, *Juristische Rundschau (JR)* 1995, p. 177 (178).

(36) Korn, *NJW*, 1965, p. 1.206 (1.208 *et seq.*).

(37) Adota também uma posição crítica Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 362 *et seq.*

(38) Cf., especialmente, Korn, *NJW* 1965, p. 1.206, n. 5 e 17 *et seq.*, remetendo-se à Roxin, GA, 1963, p. 193 (199 *et seq.*). Ademais, o critério da ausência de um ordenamento jurídico que se oponha é devido também a Roxin, *Täterschaft* (supra, n. 1), p. 249 *et seq.*

(39) *NJW*, 1965, p. 1.209 (sem grifos no original). Não obstante, para Korn o instrumento é tão-só cúmplice.

cabo o fato por parte do executor recorda muito a delimitação proposta já antes por Roxin[40] entre autoria (mediata) e participação no âmbito das estruturas organizadas de poder: quem é requerido (o induzido ou executor) não possui a vontade responsável, "que em outros casos se encaminha como muro insuperável entre o superior e o fato e coloca a quem formula o requerimento no âmbito marginal da participação...", sem o que, do contrário, é dominado pelo superior ("os indicadores do delito"), de tal modo que a vontade desses últimos se superpõe à do executor ou a desloca, sendo aquela, em todo caso, a vontade que domina a realidade dos fatos. Materialmente[41] há de dar-se razão a Roxin,[42] quando rechaça o critério de Schroeder da "disposição incondicional", fazendo referência ao § 30, II, do StGB,[43] já que, de acordo com esse preceito, o "caso clássico de uma disposição (condicionada ou incondicionada) de realizar o fato" (a aceitação de um oferecimento) precisamente não é autoria mediata, mas apenas a indução (consumada ou em grau de tentativa). Finalmente – segue argumentando Roxin –, o critério da disposição incondicional é supérfluo, já que o "específico domínio de organização está precisamente em que o funcionamento, e com ele também a realização do tipo" estão assegurados com independência dessa disposição. Isso resulta convincente, ademais, porque na realidade jurídica – prescindindo dos escassos casos de *omnimodo facturus* – não ocorrem freqüentemente executores "incondicionalmente dispostos", de modo que com esse critério dificilmente poderia fundamentar-se uma autoria mediata do superior. Finalmente, Schroeder não parece se decidir a tomar posição de modo definitivo, ao considerar que "com freqüência na intervenção em uma organização haverá co-autoria",[44] abandonando desse modo a base de discussão comum originária (ou seja, como pode fundamentar-se a *autoria mediata* do modo mais convincente).

Murmann[45] defende *um domínio do fato por poder de instrução*. Em sua opinião a noção de domínio de organização parte de um mero domínio instru-

(40) *GA* 1963, p. 193 (201).

(41) Pode suscitar-se a dúvida acerca de se realmente se discute a fundo a questão de atribuir a Schroeder a pergunta de "quais são os argumentos que em última instância se impuseram" (*JR*, 1995, p. 177).

(42) Roxin, *JZ* 1995, p. 49 (51), com ulteriores referências. No mesmo sentido, Heine, In: Arnold; Burkhardt; Gropp; Koch (ed.) *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, 1995, p. 51 (66 na n. 61).

(43) Diz o § 30: "Tentativa de participação. (1) Quem intente determinar a outro a cometer um delito grave ou a induzi-lo será apenado conforme as disposições relativas à tentativa de delito grave. Não obstante, a pena haverá de atenuar-se conforme o disposto no § 49, 1. Se aplicará analogamente o § 23, 3.°. (2) Do mesmo modo será apenado quem declare estar disposto a cometer um delito grave ou induzi-lo, quem aceite o oferecimento de outro a cometer um delito grave ou induzi-lo ou quem convença a com outro cometer um delito grave ou induzi-lo".

(44) Schroeder, *Täter*... (supra, n. 33), p. 169.

(45) Murmann, *GA*, 1996, p. 269 (273 *et seq.*).

mental do sucesso exterior, deixando de lado, da mesma forma, um – hipotético – funcionamento perfeito da organização que não pode prescindir da liberdade do executor. Desse ponto de vista, é uma "imagem distorcida a de qualificar seres humanos que estão imbricados em estruturas de organização como parte de uma máquina", pois em virtude da qualidade de seres humanos dos intervenientes, "a incerteza que deriva da liberdade... projeta-se sempre de novo e nos mesmos termos". E ademais, do ponto de vista normativo (da perspectiva do ordenamento jurídico) há de esperar-se a realização de uma conduta ajustada ao direito, e não está claro como "um comportamento contrário à expectativa, antijurídico, pode dar lugar à imputação a título de autor".[46] Do ponto de vista empírico, para Murmann, o fato de que tão-somente entra em consideração para a realização do fato em cada caso um número limitado de pessoas, também põe em dúvida a fungibilidade dos executores imediatos, de maneira que não caberia falar de nenhum modo de "um número praticamente ilimitado de pessoas dispostas a levar a cabo o fato".[47] Por essas razões, em sua opinião, há de tomar-se como ponto de referência a "relação mútua de reconhecimento" entre autor (Estado) e vítima (cidadãos). Na relação entre Estado e cidadãos, a vítima não é lesionada pelo executor imediato, mas também por um exercício antijurídico do poder por parte do Estado. O executor imediato transmite e concretiza a *instrução* lesiva e antijurídica do Estado para o cometimento do fato. Desse modo, o Estado estaria intervindo de maneira direta na esfera de liberdade do cidadão, "mesmo nos casos em que precisa para a realização da ordem de uma pessoa executora".[48] Sob essa perspectiva, se chega à conclusão de que há de partir-se de um domínio do fato normativo e pessoal, mediante o qual o superior (Estado) domina o sucedido através de um executor que atua em liberdade (por exemplo, sentinela de fronteira) quando, em sua relação com a vítima, (refugiado) concorrem deveres especiais, "de modo que já a instrução ao executor constitui uma modificação de relação com a vítima do injusto".[49]

Há de dar-se razão a Murmann quando adverte que não se pode partir de modo praticamente automático da falta de liberdade do executor com a mera afirmação do domínio por organização. Não apenas o domínio de organização enquanto tal, mas também o domínio do fato por parte do superior que o anterior implica (e a falta de liberdade do executor) hão de provar-se no caso concreto. Há de opor-se, sem embargo, que tampouco a construção de uma relação de instrução entre autor mediato, executor e vítima está em condições de resolver o problema da liberdade do executor, "por lo menos desde un punto de vista empirico". Pois tampouco a instrução estatal priva o executor de modo automático da liberdade de ação. Tendo em conta o anterior, o modelo de Murmann parece desne-

(46) Idem, ibidem, p. 274.
(47) Idem, ibidem, p. 273.
(48) Idem, ibidem, p. 278.
(49) Idem, ibidem, p. 281.

cessariamente complicado e abstrato. Em última instância, não fica claro como o Estado enquanto superior pode sequer dominar o executor sem uma estrutura organizada de poder.[50]

Ultimamente Schulz[51] propôs rechaçar o domínio de organização por ser demasiado amplo, substituindo-o pelo *domínio por coação* já conhecido em sua teoria de domínio do fato. Essa posição não só não aporta melhoras materiais – pois, precisamente, é necessário concretizar em maior medida a figura do domínio por organização –, mas, ademais, gera confusão, já que o conceito do domínio por coação já está "coberto" por outros grupos de casos em que sói faltar a especialidade de uma organização hierárquica.[52] Doutra parte, Schulz é incoerente ao rechaçar a aplicação do § 35 do StGB (estado de necessidade) no caso dos soldados da ex-RDA que fizeram disparos no Muro de Berlim, se ao mesmo tempo constata uma "situação de pressão psíquica no executor" por parte do superior.

Também há de rechaçar-se o critério de Stein,[53] ao afirmar que, tratando-se de executores "não livres", hão de entrar em jogo as regras de domínio por coação e por erro, sendo, portanto, desnecessário o domínio por organização. Pois a "falta de liberdade" do executor pode consistir precisamente em que *é dominado pelo superior* com base na estrutura do aparato organizado de poder em questão, sendo em relação a ele *juridicamente* (do ponto de vista normativo) "não livre".

2.3 Pontos de vista discrepantes

Os representantes de um princípio de responsabilidade sem restrições defendem a posição de que um autor plenamente responsável não pode ser simultaneamente instrumento de outro.[54]

Não obstante, não só o princípio de responsabilidade com tal é objeto de discussão,[55] mas também, dentro do campo de seus defensores, alguns deles estão

(50) Identifico-me com a posição de Murmann em meu escrito de "Habilitation", que estará disponível brevemente.

(51) Schulz, *JuS*, 1997, p. 109 (112 *et seq.*).

(52) Cf. Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 142 *et seq.*

(53) Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 203.

(54) Cf. Jakobs, *Strafrecht AT (Studienausgabe)*, 2. ed., 1993, 21/103; idem, *NStZ*, 1995, p. 26; Jescheck e Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. ed., 1996, p. 670; Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehren*, 5. ed., 1996, § 21 n.m. 92; Baumann; Weber e Mitsch, *Strafrecht AT*, 10. ed., § 29 n.m. 147; SK-Samson, 1993, § 25 n.m. 36.

(55) Cf. – a respeito da sentença no caso do "rei dos gatos" (BGHSt 35, p. 347) – Herzberg, *Jura 1990*, p. 16 (22 *et seq.*), tomando como ponto de referência o "princípio do instrumento" e a "quebra da responsabilidade"; também Küper, *JZ*, 1989, p. 935 (936 *et seq.*, 940 *et seq.*).

dispostos a reconhecer o domínio de organização como uma exceção lícita ao princípio de responsabilidade.[56]

2.3.1 Co-autoria (Jakobs)

Especialmente Jakobs[57] manifestou-se contra o domínio por organização, preferindo em geral a co-autoria e a autoria mediata nesse caso.[58] Em sua opinião, ao encontro de uma suposta fungibilidade, há de se ter em conta o fato de que não eram intercambiáveis todos os soldados de fronteira de modo muito simultâneo, mas apenas de modo sucessivo, uma característica que não tem nada de especial no âmbito da participação. Desse ponto de vista, está dentro da lógica das estruturas de organização constatadas pela jurisprudência que estas não só permitem o intercâmbio dos receptores de ordens, mas também dos emissores. Finalmente, o que sucede é que não existe – como afirma Roxin – um "domínio superior de qualidade própria", sem o que aqueles que emitem ordens e aqueles que a executam são *juridicamente* de igual posto; pelos demais, o executor *juridicamente* não atua de modo automático, sem que se deixe corromper pela ordem, sendo esse ato responsável "o exatamente oposto a um funcionamento automático".[59] Para Jakobs, o caráter comum da decisão de realizar o fato – que é necessário para uma co-autoria – resta configurado pela consciência comum de dirigentes e executores de que determinado fato ou vários fatos de mesmas características hão de levar-se a cabo de acordo com as instruções da direção. Para ele não seria decisivo que os intervenientes se conheçam entre si. Doutra parte, tampouco seria necessária uma intervenção no estágio de execução. Nos casos dos soldados que dispararam na fronteira da antiga RDA, as instruções dos superiores criaram a possibilidade dos homicídios, e têm o mesmo peso social que os fatos diretos executados em "regime de repartição de tarefas".[60]

(56) Cf., por exemplo, Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 75; também Stratenwerth e Wessels (supra, n. 21), e Herzberg (supra, n. 23). A respeito das discrepâncias existentes em outros grupos de casos, vide Bloy, *Beteiligungsform* (supra, n. 36), p. 347 *et seq.*

(57) Jakobs, *AT* (supra, n. 53), 21/103, na n. 190; idem, *NStZ* 1995, p. 26 *et seq.*

(58) A favor da co-autoria também Jescheck e Weigend, *AT* (supra, n. 53), p. 670; SK-Samson, 1993, § 25, n.m. 36.

(59) Jakobs, *NStZ* 1995, p. 26 (27); contra, Gropp, *JuS* 1996, p. 13 (17) para quem ninguém pode estar em uma posição de maior inferioridade jurídica que quem recebe ordens. Também Muñoz Conde, supra, nota 21, p. 155 *et seq.*, em caso de organizações não estatais. A favor de uma cooperação necessária, conforme o direito espanhol, Hernández Plasencia, supra, nota 21, p. 273 *et seq.*

(60) Jakobs fundamenta a autoria – em vez de participação – no caso do Conselho Nacional de Defesa da RDA com base em que os superiores, como membros de um órgão

Otto[61] indica que o executor direto está determinado de modo essencial pela consciência de que não será feito responsável pelos seus atos. Essa circunstância não fundamenta ainda um domínio do fato do "planejador" sobre a sua pessoa. Pelo contrário, com sua conduta o executor assume como próprio o plano delitivo por atos concludentes; por ele, haveria de afirmar que concorre a autoria.

2.3.2 Indução pelo superior

A indução tem como pressuposto que o autor direto e o fato sejam suscetíveis de serem determinados[62] pelo indutor.[63] Ainda que se considere que esses pressupostos podem ser cumpridos em caso dos supostos disparos na fronteira da RDA – o círculo de soldados de fronteiras como autores suscetíveis de serem determinados e os disparos mortais como fatos determinados –, uma comparação entre a indução e a autoria mediata conduz à conclusão, de modo injusto, da conduta dos superiores,[64] sem o que, ademais, se inscreve de modo mais harmônico na teoria geral da participação. Nesse sentido, Schroeder[65] indicou com razão que no caso dos fatos realizados no contexto de organizações de poder não concorre a situação típica da indução, isto é, o encontro da vontade do instigador (indutor) com as contraforças psíquicas "fiéis ao direito" do instigado (induzido) e a insegurança quanto ao êxito da instigação que ele implica. Pelo contrário, nesses casos a vontade contrária do instigado é tão débil que o instigador pode partir da base da "ausência de qualquer força que se oponha". Partindo do anterior, o soldado que fez disparos no Muro corresponde com o autor já decidido a realizar o fato, cuja "disposição incondicional"[66] o superior tão-só há de aproveitar para a execução do fato. O instigador domina o instigado, e esse *domínio* do superior sobre o executor é um argumento em favor da autoria mediata no lugar da indução.

constitucional (art. 73 da Constituição da RDA), ocupavam uma posição de dever especial, tratando-se, portanto, de delitos de dever (cf. Jakobs, *NStZ*, 1995, p. 26 *et seq.*; idem, *AT* (supra, n. 53), 21/155 *et seq.*). No mesmo sentido, Murmann, *GA*, 1996, p. 269 (278), ao tomar como ponto de referência o dever do Estado de exercer o poder estatal de modo ajustado ao Direito.

(61) Otto, *Grundkurs* (supra, n. 53), § 21 n.m. 92.

(62) Cf. de modo geral Kühl, *AT* (supra, n. 4), § 20 n.m. 188 *et seq.*

(63) Cf. Gropp, *JuS* 1996, p. 13 (17); vide, a respeito da indução como forma de participação subsidiária nesses casos, Jakobs, *AT* (supra, n. 53), 21/103; recentemente também Köhler, *Strafrecht AT*, 1997, S. 510 f.

(64) Nesse sentido, formulado de modo positivo, o argumento jurídico-político de Roxin (*JZ*, 1995, p. 49) em favor da autoria mediata.

(65) Schroeder, *Täter...* (supra, n. 34), p. 143 *et seq.*, 150, 196, 222; idem, *JR*, 1995, p. 177 (178).

(66) *BGH NJW*, 1994, p. 2.703 (2.706).

2.3.3 Bocklemann/Volk

Bocklemann e Volk[67] afirmam que ocorre *autoria acessória*, argumentando que a co-autoria acaba excluída pela falta de uma comum decisão a realizar o fato, e que a concorrência de autoria mediata não pode afirmar-se tendo em conta que os executores são plenamente responsáveis. Diante disso, Roxin aduziu com razão que a imbricação das distintas ações dentro da estrutura organizada de poder exclui o fluir paralelo e sem vínculos de várias séries causais, que caracteriza a autoria acessória.[68]

2.4 Valoração global

A figura do *domínio por organização* é imprescindível para a fundamentação da autoria mediata. Os demais intentos de fundamentação, a afirmação de co-autoria ou ainda de indução, não podem resultar convincentes.

Contra a *co-autoria* – que seria a alternativa mais convincente – é de decisiva relevância a consideração de que especialmente o alheamento do fato e o desconhecimento do superior do concreto "vir a ser" do fato e do executor do fato excluem uma co-intervenção em regime de repartição de tarefas.[69] Os casos dos disparos na fronteira da RDA demonstram que a execução do fato era deixada, por regra geral, a cargo dos soldados de fronteiras, isto é, que não concorria uma repartição funcional de tarefas no sentido de co-autoria. Igualmente, sói faltar uma decisão comum de realizar o fato entre o superior e o executor do fato. Pelos demais, a co-autoria precisamente não reflete de modo adequado as hierarquias de mando que são imanentes à criminalidade estatal organizada.[70]

A *indução* há de rechaçar-se, porque deixa em segundo plano decisivo ponto de vista do domínio do fato por parte do superior. Na realidade da RDA, de nenhum modo pode considerar-se que os soldados de fronteiras sempre – no sentido de um *omnimodo facturus* – estavam decididos de modo incondicional à comissão do fato.[71] Pelo contrário, muitos soldados de substituição tentaram escapar dos serviços de sentinela, ou prestavam serviço com a esperança de que não se produziria nenhum acontecimento na fronteira. Em todo caso, para os que emitiam as ordens, eram peças mutáveis na máquina do sistema em funciona-

(67) Bocklemann e Volk, *Strafrecht AT*, 4. ed., 1987, p. 182.

(68) Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 654.

(69) De modo convincente, Roxin, op. cit.; idem, *Lange-FS*, 1976, p. 193; idem, *JZ* 1995, p. 49 (50).

(70) Cf., nesse sentido, a convincente distinção entre co-autoria horizontal e autoria mediata vertical proposta por Bloy (supra, n. 24).

(71) Assim o LG Berlin, *Neue Justiz (NJ)* 1994, p. 588, no caso de um soldado de substituição que foi destinado à fronteira como comandante.

mento, de modo que sua disposição incondicional a realizar o fato nem sequer era decisiva.

O principal argumento que se opõe à afirmação da *autoria mediata*, a aparente contradição do *domínio* sobre um executor que atua *de modo responsável*, acaba preso se se distingue com maior claridade entre injusto individual e injusto coletivo, qual seja, aquele injusto que se apresenta em contextos organizados de poder e ação (macrocriminalidade[72]).[73] Um princípio estrito de responsabilidade há de fracassar no contexto do injusto coletivo, porque não pode apreender o injusto do superior já por definição, enquanto parte da auto-responsabilidade como princípio liberal e jurídico-individual. De um ponto de vista geral, é necessário refletir e questionar as regras tradicionais do direito penal individual nas hipóteses de execução do fato por parte de outro no contexto de condutas da macrocriminalidade.[74] A circunstância de o superior – a diferença dos casos "normais" de autoria mediata – não dominar de modo direto, apenas (e tão-somente) indireto através da estrutura, conduz a uma responsabilidade em virtude de competência funcional (como "autor de gabinete", emissor das ordens, planificador, autor intelectual etc.), dito brevemente: a uma responsabilidade com base em um *injusto de organização em lugar de um injusto individual*.[75] Por conseguinte, para a imputação é decisivo que se prove o domínio por organização do superior. Sua autoria mediata termina só naquele ponto em que "faltam os pressupostos precisamente desse domínio por organização".[76]

Posto que só a teoria do domínio por organização – apesar da necessidade de submetê-la a uma ulterior concreção (sobre isso, vide *infra* item 3) – apreender o específico injusto de organização de modo adequado e satisfatório, resulta preferível diante dos equivalentes antes mencionados. Ao não aportar esses um benefício real em determinação, cabe ainda em atualidade a Roxin o mérito de haver desenvolvido a única proposta de solução viável. Qualquer desenvolvimento ulterior há de tomar sua concepção como ponto de partida. A questão diretriz nesse contexto é quais devem ser as *estruturas e características de organização* dos coletivos de injusto para poder fundamentar o domínio por organização dos superiores.

(72) A respeito do entendimento aqui defendido desse conceito desenvolvido por Jäger, vide Ambos, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)* 1996, p. 355 (362 *et seq.*).

(73) Cf. o ulterior desenvolvimento neste ponto de Lampe, *ZStW* 106 (1994), p. 683 (687 *et seq.*).

(74) Vide sobre isso Jäger, *MSchrKrim* 1962, p. 73-83; Roxin, *Täterschaft* (supra, n. 1), p. 243; e ultimamente Jäger, In: Hankel e Stuby (ed.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, p. 325 (329 *et seq.*).

(75) Acertadamente Bloy, *GA* 1996, p. 424 (411).

(76) Idem, ibidem.

3. Sobre a concreção do domínio por organização

3.1 Grupos de casos

Roxin se antecipa à objeção da "falta de determinação"[77] do domínio de organização ao constatar que "não cabe formular (...) um conceito de autor de limites concisos do que se poderia deduzir da solução desses casos (quase) de modo lógico-dedutivo", sem o que, pelo contrário, hão de destinar-se da suposição do fato concreto as "formas estruturais do domínio".[78] Com ele, o domínio por organização se converte em um conceito "aberto" e à indeterminação do sistema. Não obstante, entre a "atrofia dogmática"[79] e uma falta de determinação absoluta existe um caminho intermediário consistente em diferenciar distintos grupos de domínio por organização. Fazendo uma primeira distinção aproximativa, por um lado se trata de delitos cometidos por uma estrutura de poder de organização *estatal* e, por outro, de organização *não estatal*.

3.1.1 Delitos de uma estrutura de poder de organização estatal

O protótipo desse grupo de caso é o Estado totalitário contraposto ao Estado liberal. Certamente, o totalitarismo de um Estado, qual seja, o grau de controle e domínio dos cidadãos, pode variar e nunca será verdadeiramente "total". Também se discute se os exemplos históricos que se mencionam sempre (a saber, o sistema nazista e outros sistemas fascistas, assim como as ditaduras do socialismo real de perfil estalinista) podem ser conjugados sob o rótulo do totalitarismo como conceito unitário. Todo ele, sem embargo, pode acabar fora de consideração no presente contexto,[80] já que tão-somente são de interesse os elementos estruturais comuns dessas estruturas de poder. Para poder elaborar esses elementos, se oferece, por um lado, uma análise teórico-sociológica, e, por outro, a análise de sentenças penais nesse âmbito. Aqui se empreende o caminho enunciado em segundo lugar, já que somente o tratamento do passado por meio da justiça penal tem como pressuposto – à parte uma comprovação exaustiva dos fatos – a *valoração jurídica das relações de participação*.

(77) Schroeder, *Täter*... (supra, n. 34), p. 168; vide também, idem, *JR*, 1995, p. 177 (178).

(78) Roxin, *Täterschaft*... (supra, n. 1), p. 251.

(79) Cf. Roxin, *GA* 1963, p. 193 (207), fazendo referência a que somente um sistema aberto pode evitar a "atrofia dogmática" (e portanto um déficit na capacidade de solução dos problemas).

(80) Cf. detalhes dados por Dähn, In: Görlitz/Prätorius (ed.), *Handbuch Politikwissenschaft*, 1987, p. 567 *et seq.*; Nabmacher, *Politikwissenschaft*, 1994, p. 143 *et seq.*; ultimamente Maier, *Totalitarismus und Politische Religionen*, 1996.

Enquanto a jurisprudência alemã[81] somente com sua lenta aproximação à teoria do domínio do fato teve de reconhecer uma autoria mediata baseada no domínio por organização por parte dos órgãos de direção políticos e administrativos,[82] a figura adquiriu relevância anteriormente no estrangeiro. Nas sentenças pronunciadas no caso Eichmann[83] – já reconhecidas por Roxin e outros[84] – se constatou que a *teoria tradicional da participação* (em especial, indução e cumplicidade) *não* poderia apreender *de modo adequado* os delitos julgados. A solução do Tribunal Distrital consistiu, em lugar disso, em aumentar a responsabilidade jurídico-penal individual – praticamente invertendo a teoria habitual da participação – na medida em que a distância até o fato fosse maior, de modo que se levava à conclusão de que o superior que dirigia os atos tinha maior responsabilidade que o autor direto:

"Os delitos julgados são delitos massivos..., de modo que a proximidade ou a distância quanto ao homem que matou de fato a vítima não pode ter nenhuma influência no alcance da responsabilidade. Pelo contrário, a medida da responsabilidade aumenta (...) quanto mais nos distanciamos daquele que põe em funcionamento a arma homicida com suas mãos e chegamos aos níveis de hierarquia superiores, os 'indutores' na terminologia de nosso legislador. Quanto às vítimas (...) é especialmente difícil definir em termos técnicos quem prestou auxílio a quem: aquele que recolhia os dados das vítimas e as deportava ao campo de concentração, ou aquele que ali lhes obrigava a realizar trabalhos forçados."[85]

Ainda que se considere que isso é correto, em todo caso resta dito que não entra em consideração a participação, para essas suposições;[86] mas não se resolve a questão – que é a única que aqui interessa – de concorrer co-autoria ou autoria

(81) Cf. supra, n. 1.

(82) Anteriormente se recorria à teoria subjetiva (cf. supra, n. *). Contudo, já a Staschynskij se poderia ter condenado com base na teoria do domínio do fato como autor direto e ao superior responsável na KGB como autor mediato em virtude do domínio por organização (cf. Roxin, *GA* 1963, p. 194 *et seq.*; idem, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 247 *et seq.*).

(83) Cf. a sentença do Tribunal Distrital de 12.12.1961 (tradução alemã em Less, *Schuldig Das Urteil gegen Adolf Eichmann*, 1987; em inglês em *International Law Reports (ILR)* 36 [1968]m, p. 5-14 (summary), 18-276) e a sentença confirmatória do Tribunal Supremo em apelação de 29.05.1962 (*ILR* 36 [1968], p. 14-17 (summary), p. 277-344).

(84) Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 246 *et seq.* (*GA* 1963, p. 201 *et seq.*); também Schroeder, *Täter...* (supra, n. 34), p. 167; Jäger, *MschrKrim*, 1962, p. 73; Baumann, *JZ*, 1963, p. 110; idem, *NJW*, 1963, p. 561, 564 *et seq.*; Peters, *Eckart Jahrbuch* 1961, p. 229 *et seq.*; conforme, também, ultimamente, a análise histórico-penal de Grosse, *Der Eichmann-Prozeb zwischen Recht und Politik*, Frankfurt am Main, 1995 (sobre isso, Geerds, *GA*, 1997, p. 99).

(85) Tribunal Distrital (supra, n. 82), § 197.

(86) Assim, por exemplo, Baumann, *JZ*, 1963, p. 119 *et seq.*

mediata. No caso se chegou à conclusão de que se tratava de co-autoria. A fundamentação oferecida, sem embargo, é mais adequada para fundamentar um domínio por organização, pois em resumo se constata que Eichmann "não era uma 'marionete' em mãos alheias", mas tinha "seu lugar entre os diretivos".[87] Desse ponto de vista, *de fato* ostentava a responsabilidade administrativa da "solução final". Se é assim, e seguindo Roxin,[88] cabe comprovar que a sua falta de proximidade diante do fato, a redução dessa, restava compensada com um incremento do *domínio por organização*. Contra a co-autoria, ao menos na perspectiva alemã, hão de recordar-se os argumentos já mencionados.[89]

Contudo, a afirmação de que concorre um *domínio do fato* em Eichmann em virtude de um aparato organizado de poder parece uma solução bastante ampla se se tiverem em conta outros procedimentos com essas características. Se se compara sua posição e função – em seu último cargo, como chefe do acordado IV B 4 da Agência Central de Segurança do Reich (Reichssicherheitshauptamt, RSHA[90]), era responsável pelas deportações de judeus – como as dos acusados nos processos de Nürnberg[91] ou nos processos relacionados com a RDA (contra o Conselho Nacional de Defesa ou os "generais"), chama a atenção que a esses se acusaram ou acusam como membros da direção do Estado em sentido amplo,[92] enquanto Eichmann apenas era um funcionário de certo cargo, uma "pequena peça na engrenagem global";[93] uma peça importante e insubstituível, mas muito distante dos principais criminosos de guerra como Hitler, Goebbles, Himmler, Göring etc. Poderiam realmente equiparar-se a Eichmann, o funcionário e autor de gabinete,

(87) Tribunal Distrital (supra, n. 82), § 180; vide também 194 *et seq.*, 242.

(88) Assim já acertadamente Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 247.

(89) Cf. supra, 2.3.3.

(90) O RSHA da SS se formou no dia 27.09.1939 com base na Agência Central de Segurança, um departamento do partido nazista, e a Agência Central de Política da Segurança, uma instituição do Estado, sem que, contudo, se conseguisse a fusão policial entre Estado e partido que se pretendia (cf. Höhne, *Der Orden unter dem Totenkopf. Die Geschichte der SS.* 1967 (reimp. s.f.), p. 235 *et seq.*).

(91) Dentre os "processos de Nürnberg" há que se mencionar o processo contra Göring e outros (Tribunal Militar Internacional (Internationaler Mititärgerichtschof, IMG), *Der Prozeb gegen die Hauptkriegsverbrecher von dem IMG*, Nürnberg, 1947, 42 tomos) e os doze procedimentos subseqüentes ante os Tribunais Militares dos EUA (US – Government Printing Office, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Militar Tribunals*, Washington d.C., 1950-53, 15 tomos; cit. como *TWC*, n. do tomo).

(92) Como casos comparáveis surgem no marco dos processos de Nürnberg, especialmente as sentenças a respeito dos juristas, o RSHA e o Ministério de AA.EE. Nesses processos se julgava a responsabilidade de funcionários em sua maioria de maior cargo que Eichmann (ministros, secretários de Estado, diretores gerais etc.), e, apesar disso, não se falou de domínio do fato em virtude de uma estrutura organizada de poder (cf. *TWC* III, p. 945-1.201; *TWC* V p. 88-169; *TWC* XIV, p. 308-942).

(93) Baumann, *JZ*, 1963, p. 119.

esses acusados de alto posto? A questão é sugestiva, já que precisamente tal equiparação não deriva das sentenças no caso Eichmann, ao afirmar essas que o alcance da responsabilidade pessoal cresce com maior responsabilidade pela estrutura de poder, abrindo assim a possibilidade de um *domínio de organização escalonado*. Ademais, essa nem sequer se pleiteara nos processos de Nürnberg, fato melhor relacionado com a tendência mais bem pragmática que teórica do direito penal norte-americano que com uma decisão dogmática consciente. Já as bases jurídicas de Nürnberg abriam a possibilidade de equiparar meras condutas de apoio com ações de execução de mão própria,[94] ao exigir-se unicamente de maneira muito genérica a prova de uma intervenção criminal ("participação").[95] Essa base extensiva – fundamentada na teoria da participação norte-americana, próxima ao conceito unitário de autor[96] – da imputação fazia supérflua uma distinção entre autoria e participação, e portanto, também, às considerações relativas à autoria mediata em virtude do domínio de organização.

Por isso, com o caso Eichmann, há de se reconhecer a possibilidade de um *domínio de organização em vários escalões*. E é o que a suposição ensina – como

(94) De acordo com o art. 61S do Estatuto do Tribunal Militar Internacional (08.08.1945, em: *TMI*, supra, n. 87, t. 1, p. 10), a responsabilidade jurídico-penal não se limitava à conduta propriamente dita, mas também àquelas ações em que qualquer pessoa tenha realizado um plano de execução para o cometimento de determinados delitos (delitos contra a paz, delitos de guerra e delitos contra a humanidade), na medida em que participou como líder, organizador, indutor ou partícipe no planejamento criminal ou em uma conspiração para o seu cometimento.

De acordo com o art. 2.°, n. II, da Lei do Conselho de Controle 10 (Conselho de Controle 3, 31.01.1946, p. 50 *et seq.*), que configura a base dos doze processos norte-americanos subseqüentes, é culpável quem, como autor ou partícipe, haja intervindo nos delitos, os haja ordenado ou favorecido, haja participado mediante aprovação, haja estado em conexão com o seu plano ou execução, haja pertencido a uma organização nesse sentido ou quem – a respeito de delitos contra a paz – haja ocupado uma posição de alto posto no âmbito político, estatal, militar, financeiro, industrial ou econômico.

(95) Cf., de novo, apenas a título de exemplo, a reprovação central, mas muito inconcreta, na sentença no caso dos juristas: "conscious *participation* in a nation wide government-organized system of cruelty and injustice" (*TWC* III, 985 – grifos nossos).

(96) Na *common law*, em um princípio se distinguia entre "principal" ("in the first and second degree") e "acessory" ("before and after the fact") respectivamente à "felony" (delito), o que impede uma equiparação com o conceito unitário de autor – que se regia, ao contrário, respectivamente aos "misdemeanors" (faltas). Mas a legislação recente de praticamente todos os Estados-membros dos EUA renunciou à distinção entre "principal" e "acessory *before* the fact". Agora somente se delimita com claridade o "acessory after the fact" (qual seja, a participação depois da consumação do fato) com claridade das demais formas de participação (cf., em detalhes, LaFave e Scott, *Substantive Criminal Law II*, 1986, p. 125 *et seq.*; Honig, In: Mezger; Schönke; Jescheck, *Das ausländische Recht der Gegenwart IV*, 1962, p. 7-262, p. 217 *et seq.*

formula acertadamente Jäger[97] – que "também uma ação que somente consiste na assinatura de um documento ou em uma chamada telefônica pode ser um assassinato"; ademais, também podem cometer tais ações burocratas médios, distanciados da direção do Estado propriamente dito. Nessa medida, há de dar-se razão a Roxin[98] quando afirma que cabe fundamentar a autoria mediata com base em uma posição com faculdade de dar instruções a partir de "qualquer ponto" do aparato organizado de poder. Mas também fica claro que não poderá descer-se muito mais que à posição do funcionário médio do padrão de Eichmann. O domínio de organização sempre tem como pressuposto o *domínio sobre* uma organização, ou melhor, sobre um coletivo de executores *substituíveis*, e, com ele, também a concorrência de um domínio *mediante* essa organização. *Esse domínio se acumula e se faz mais denso na medida em que se incrementa o poder de decisão e a disponibilidade de recursos pessoais.*

De modo explícito, a teoria do domínio de organização alcançou pela primeira vez – e, no que se alcança, também, pela única vez – relevância prática no *processo contra os antigos comandantes das juntas militares argentinas.*[99] Nesse processo, o tribunal de apelação com competência em primeira instância (Câmara Nacional de Apelações no Tribunal Criminal e Correicional da Capital)[100] e a Corte Suprema (CS)[101] valoraram a conduta dos acusados como autoria mediata, mas os condenaram – contra o critério da acusação[102] – por cooperação necessária.[103] Pois aos acusados não se lhes imputaram – como é necessário para afirmar

(97) Jäger, *MschrKrim*, 1962, p. 73 (80).

(98) Cf. supra, n. 19 e texto correspondente.

(99) Trata-se do processo contra os membros das três juntas militares (1976-1983), que consistiam em cada caso de um membro do exército (Videla, Viola, Galtieri), da marinha (Massera, Lambruschini, Anaya) e das forças aéreas (Agosti, Graffigna, Lami Dozo), nomeando-se respectivamente ao membro do exército presidente, e sendo o último o general Bignone – que não foi acusado – (cf. Decreto 158/83, de 15.12.1983). Crítico em relação ao procedimento, Sancinetti, *Derechos humanos na Argentina posdictatorial*, 1988, p. 1 *et seq.*; vide, também, Maier, J. B., *ZStW* 107 (1995), p. 143 (146 *et seq.*).

(100) Sentença da Câmara de 09.12.1985, em *Fallos CS*, t. 309, I/II, p. 33-1.657. A Câmara avocou o procedimento da jurisdição militar (Conselho Supremo das Forças Armadas) por dilações indevidas com base no art. 10 da Lei 23.049 (cf. em relação à situação normativa Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, p. 140, com ulteriores referências).

(101) Sentença da CS de 30.12.1986, em *Fallos CS*, t. 309-II, p. 1.689-1.923.

(102) Cf. *Fallos CS*, t. 309-II, p. 1.586, assim como o informe do Procurador-Geral como diretor do Ministério Público (art. 120 da Constituição), *Fallos CS*, t. 309-II, p. 1.657 *et seq.* (1.668-1.670).

(103) A cooperação necessária deriva do art. 45 do CP (infra, n. 117) e se castiga como a autoria, de modo que a solução divergente da CS carecia, a princípio, de relevância a respeito das conseqüências.

a concorrência de autoria mediata – os homicídios dolosamente ordenados por eles, senão "os fatos principais" cometidos por autores diretos (ou seja, torturas com conseqüência morte). Com isso, se chegou em última instância a uma *responsabilidade em regime de acessoriedade.*[104]

A Câmara constatou, em primeiro lugar, que as regras de imputação habituais do direito penal individual não podem ser aplicadas sem mais.[105] No que toca à delimitação de autoria e participação, na opinião do Tribunal há de se considerar que na atualidade é dominante a *teoria do domínio do fato*, ao mesmo tempo que deve rechaçar-se a teoria formal-objetiva, que em parte ainda se defendia na Argentina.[106] Do art. 514 do Código de Justicia Militar[107] – baseado em preceitos germânicos[108] – caberia deduzir que o superior é responsável pelos fatos cometidos por seus subordinados em cumprimento de suas instruções. Desse modo, se estabelece uma modalidade de autoria mediata do superior com base na especial relação de subordinação militar.[109] Ainda que a plena responsabilidade do executor exclui em princípio o domínio do fato por parte do superior (princípio de responsabilidade), haveria de se estabelecer uma exceção, seguindo a Roxin, no âmbito do *domínio do fato mediante um aparato organizado de poder.*[110] Tal seria o caso na hipótese ajuizada. De modo literal, referente a essa questão o Tribunal afirma o seguinte:

"Os processados tiveram o domínio dos fatos porque *controlavam a organização* que os produziu. As ocorrências julgadas nesta causa não são produto da errática e solitária decisão individual de quem as executou, sem que constituíssem o modo de luta que os comandantes-em-chefe das forças armadas outorgaram aos seus homens. É dizer que os fatos foram levados a cabo através da completa

(104) Cf., por exemplo, a Sentença da CS (supra, n. 101), p. 1.612 (n. 5) a respeito de Videla. Crítico a esse respeito, Sancinetti (supra, n. 99), p. 29 *et seq.* De outra opinião, Roxin, que crê que se assumiram sua tese (*Täterschaft...* [supra, n. 1], com mais cautela na n. 349; vide também, idem, *JZ*, 1995, p. 49, n. 3). Contudo, sua influência foi enormemente relevante, como também demonstra a referência à teoria do domínio por organização na sentença que em primeira instância no processo por assassinato do antigo Ministro dos AAEE. Chileno Letelier (*Fallos del Mês*, ano XXXV, nov. 1993, edição suplementária, p. 154).

(105) Sentença da Câmara (supra, n. 100), p. 1.587.

(106) Ibidem, p. 1.589 *et seq.*

(107) A competência da jurisdição militar deriva do art. 10 da Lei 23.049, que a estabelece para todos os fatos cometidos entre 24.03.1976 e 29.09.1983 para a persecução do "terrorismo" (cf. Ambos, supra, n. 100, p. 139).

(108) Idem, ibidem, p. 1.592 *et seq.* (referência ao § MStGB de 1.872 e 1.942; § 10 I SG; § 33 WStG).

(109) Sentença da Câmara (supra n. 100), p. 1.590 *et seq.* Referente à discussão dentro da doutrina argentina, cf. Ambos (supra, n. 100), p. 319 *et seq.*

(110) Sentença da Câmara (supra, n. 100), p. 1.597 *et seq.*

gama de fatores (homens, ordens, lugares, armas, veículos, alimentos etc.) que supõe toda operação militar. (...)

Nesse contexto, o *executor concreto* dos fatos perde relevância. O *domínio* dos que controlam o *sistema* sobre a consumação dos fatos que ordenaram é *total*, pois ainda que tenha havido algum subordinado que resistira em cumpri-los, seria *automaticamente removido* por outro que assim não o fizesse, do que se deriva quando o plano traçado não pode ser frustrado pela vontade do executor, que somente desempenha o papel de mera engrenagem de uma gigantesca máquina.

Não se trata aqui do tradicional domínio da vontade de autoria mediata. O *instrumento* de que se vale o superior é o *sistema mesmo*, que ele maneja discricionariamente, sistema esse que está ligado por *homens fungíveis* em função do fim proposto. O domínio não é, pois, sobre uma vontade concreta, mas sobre uma 'vontade indeterminada'. Qualquer que seja o executor, o fato igual se produzirá.

O autor direto perde transcendência, pois cumpre um *papel secundário* na produção do fato. *Quem domina o sistema domina* a anônima vontade de *todos os homens que o integram*".[111]

Frente a isso, a CS rechaça a ocorrência de autoria mediata na sentença firmada por todos os magistrados, mas do – decisivo[112] – núcleo dos votos particulares deriva uma maioria de três juízes (Fayt, Petrachi e Bacqué) contra dois (Caballero, Belluscio) em favor da autoria mediata, seguindo os magistrados Petrachi e Bacqué expressamente a doutrina do domínio de organização de Roxin.[113] Essa opinião coincide em seus fundamentos com a doutrina da Câmara, de modo que tão-só é necessário expor brevemente o ponto de vista dos juizes Caballero e Belluscio: rechaçam o entendimento do art. 514, CJM, como forma de autoria mediata[114] e sustentam que a teoria do domínio do fato não se tem reconhecida de modo geral nem na Alemanha, nem na França, nem na Itália ou na Espanha. Pelo contrário, ainda seriam majoritários a teoria formal-objetiva e o princípio da responsabilidade, do que haveria de deduzir-se que não entra em consideração uma existência paralela de executor responsável e a autoria mediata do superior, devendo-se afirmar, em todo caso, uma *co-autoria* ou *indução*.[115] A teoria do domínio por organização[116] não alcançou, na opinião desses juízes, relevância em jurisprudência e

(111) Idem, ibidem, p. 1.601 *et seq.* (grifos do autor).

(112) Cf. Sancinetti (supra, n. 99), p. 243 (nota ao pé da página). Que seja o decisivo é difícil de entender também para penalistas argentinos.

(113) Sentença CS (supra, n. 101), p. 1.796 *et seq.*, 1.802 *et seq.*, § 14 *et seq.*; em favor da autoria mediata também o magistrado Fayt (idem, p. 1.762, 1.781 *et seq.*, esp. § 21 *et seq.*).

(114) Idem, p. 1.695 *et seq.* (§ 13 *et seq.*).

(115) Idem, p. 1.701 *et seq.* (§ 20 *et seq.*), referindo-se sobretudo a Jescheck.

(116) Referindo-se a CS à tradução de Elbert (*Doutrina Penal (DP)*, 1985, p. 398 *et seq.*), e não como a Câmara, ao original alemão de Roxin.

doutrina, e tampouco se trata de uma concepção suficientemente concreta. A ampliação do tipo que ele suporta é contrária à proibição da retroatividade (art. 18 da Constituição) e vulnera os limites traçados pelo art. 45[117] do CP.[118] Pelo anterior, haveria que se chegar à conclusão de que os acusados eram culpáveis de cooperação necessária, ou seja, que sua "atividade contribuiu para realização do delito". Nesse sentido, sua punição igual à dos autores – ordenada pela Lei (cf. art. 45) – não significava que a estrutura de sua conduta fora a de um autor, pois tal estava em todo caso muito distante da verdadeira realização típica.[119]

Esta postura deve ser *rechaçada*. A distância entre o superior e o fato direto é simplesmente constitutiva da autoria mediata. Não reconhecer isso é não entender sua estrutura típica. Também a afirmação de que o art. 45 limita a co-intervenção delitiva à mera participação é incorreta e demasiado formal, já que a doutrina argentina vem interpretando desde sempre a estreita disposição do art. 45 em um sentido amplo, incluindo todas as formas de co-intervenção.[120] Autores, mais recentes inclusive, dão por suposta a autoria mediata, sem sequer entrar em uma possível limitação derivada do teor literal do art. 45 do CP.[121]

Dessa fundamentação – acertada – contida na sentença da Câmara e na da maioria da CS, deriva – como confirmação da teoria do domínio por organização – a *regra geral de que a estrutura de organização de um aparato de poder militar pode outorgar aos superiores responsáveis domínio do fato sobre os autores diretos.*

3.1.2 Delitos de uma estrutura de poder de organização não estatal (criminalidade organizada)

A falta de pontos de conexão com a prática nesse âmbito deixa-nos em terreno menos seguro que o do anterior grupo de casos. O traslado, feito de passagem, pelo BGH do domínio de organização ao "crime organizado de modo similar à Máfia" e às empresas[122] pode entender-se como um convite a

(117) O art. 45 CP castiga a participação na execução do fato, a ajuda ou cooperação necessária (inc. I), assim como a determinação direta para o cometimento do fato (inc. II) e a autoria.

(118) Sentença CS (supra, n. 101), p. 1.703 *et seq.* (§ 22 *et seq.*).

(119) Sentença CS (supra, n. 101), p. 1.708 (§ 28).

(120) Cf. Soler, *Derecho penal argentino II*, 3. ed., 1963, p. 205 *et seq.*; Nuñez, *Tratado de derecho penal, Parte general II*, 2. ed., 1978, p. 280 *et seq.*; Bacigalupo, *La noción de autor en el Código Penal*, 1965; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal IV*, 1982, especialmente p. 319 *et seq.*

(121) Cf., por exemplo, Sancinetti, *Teoria del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 691 *et seq.* (713 *et seq.*).

(122) Cf. supra, n. 1.

iniciar uma discussão, mas não conduz mais além do que do ponto de vista material.

De acordo com o estado da questão, ficaria sobremaneira distante submeter *empresas* a esse grupo de casos. Deriva já do plano puramente conceitual de que hão de tratar-se de "aparatos de poder", quais sejam, de organizações *criminais* (incluindo as organizações terroristas) destinadas a manter ou incrementar níveis de poder com uma estrutura de organização e de mando correspondentemente estrita. E como tais dificilmente – ainda adotando uma posição crítica a respeito de muitas estratégias de mercado agressivas – poderão qualificar-se as grandes empresas. As empresas não são criminais *per se*, mas o que perseguem antes de tudo é a obtenção legal de benefícios financeiros. Pode suceder que o cometimento de delitos se converta em um fenômeno acompanhante de certa estratégia de mercado, mas pela regra geral não conforma uma parte fixa da política da empresa, ou seja, que as infrações são "acidentais".[123] Se a situação é diversa, ou seja, se as "atitudes criminais"[124] são majoritárias, se tratará de organizações criminais, com o que estaremos no âmbito do "crime organizado de modo similar à Máfia", e, portanto, naquele grupo de casos aqui analisados. Se, pelo contrário, se parte do "tipo normal" da empresa legal, tampouco concorrem os pressupostos materiais do domínio por organização.[125] Nas empresas com distribuição funcional e descentralizada, faltarão já os necessários "processos regulados" por instruções vindas de "cima"; não poderá falar-se que os executores sejam mecanicamente intercambiáveis no sentido do critério da fungibilidade.[126]

No que se refere às *organizações criminais per se* – incluindo as de caráter terrorista –, a situação é muito pouco clara. Nesse contexto, o domínio por organização tem, de acordo com Roxin,[127] como pressuposto – à parte dos elementos

(123) Lampe, *ZStW* 106 (1994), p. 685 (708). Vide também *BHSt* 32, p. 202-206 (a fundação de uma empresa "por si só" ainda não constitui a formação de uma associação delitiva).

(124) Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 22.

(125) Cf. especialmente Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 104; e supra, n. 41, p. 61 *et seq.*, indicando precisamente o perigo de extravasamento da responsabilidade jurídico-penal. Contra, também, Roxin, *JZ*, 1995, p. 49 (51 *et seq.*); Murmann, *GA* 1996, p. 269 (275, 278 *et seq.*); Schumann (supra, n. 55, p. 76; a favor, contudo, Schünemann (supra, n. 124), p. 102 *et seq.*

(126) Outra questão, que aqui não cabe ser discutida com detalhes, é a de em que medida pode fundamentar-se uma responsabilidade jurídico-penal da pessoa jurídica, ou seja, uma responsabilidade da empresa como coletivo em contraposição a uma responsabilidade jurídico-penal individual de seus membros, sobre a base de um "*domínio de organização* funcional-sistemático" (cf. *Heine* (supra, n. 125), p. 129-134, 250 *et seq.*, 254, 278 *et seq.*, 311 *et seq.*; vide também Lampe, *ZStW* 106 (1994), p. 683, 728 *et seq.*).

(127) Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 250 *et seq.*; idem, *GA* 1963, p. 205; idem, *JZ* 1995, p. 49 (51).

já mencionados[128] e da problemática "desvinculação do direito" (sobre isso, mais adiante no texto) – que os membros atuem "como órgãos da cúpula dirigente, cuja autoridade reconhecem". Contudo, para Roxin não se pode falar de um aparato de poder "quando se junta meia dezena de elementos antissociais para realizarem delitos em comum e elegem (...) um deles como chefe", pois nesse caso falta o pressuposto fundamental do domínio da vontade, ou seja, a "existência independente das mudanças dos membros" da organização. A doutrina restante rechaça tal ampliação de domínio de organização à criminalidade não estatal sobre a base de considerações de princípio[129] ou em virtude de outras premissas.[130]

Para realizar ulteriores diferenciações, pode resultar útil uma distinção entre *aparato de poder formal* e *grupo informal*.[131] De um princípio, o domínio de organização só é possível em um *aparato de poder formal*, qual seja, uma organização que está estruturada de modo hierárquico-linear e que consiste em um número suficientemente grande de executores intercambiáveis. Com ele se entra no âmbito, apenas investigado no plano empírico, da *criminalidade organizada*. Parece claro que nos conceitos conhecidos em direito penal – "bando" (por exemplo, § 244 I n. 3 StGB) e "associação criminal" (§ 129 StGB) –, por regra geral falta uma organização estritamente hierárquica e que – por causa de um número reduzido de membros – também carece do elemento da fungibilidade dos executores.[132] Quando em uma "associação criminal", além da habitual conexão pouco densa em forma de rede,[133] se apresentem estruturas fixas de organização e um grande número de membros, formará parte da "criminalidade organizada" em sentido estrito.[134] Desse modo, já nos encontramos plenamente no campo da criminologia e da política criminal (entre "mito e realidade"[135]) e temos de contentar-nos com uma mera definição de trabalho[136] e com um grande número de indicadores que

(128) Cf. supra, II. 1.

(129) Herzberg, *Täterschaft*... (supra, n. 23), p. 43; Schumann, *Handlungsunrecht* (supra, n. 55), p. 76.

(130) Assim, especialmente, Murmann, *GA* 1996, p. 269, 278 *et seq.*, ao tomar como ponto de referência a relação entre Estado e cidadão.

(131) Com Lampe, *ZStW* 106 (1994), p. 683 (687 *et seq.*), também cabe distinguir entre sistemas de injusto *organizados* e *simples* (associação criminal, empresa e Estado diante da mera co-autoria).

(132) Cf. Göppinger, *Kriminologie*, 5. ed., 1997, p. 552; Kaiser, *Kriminologie*, 3. ed.,1996, p. 411 *et seq.*, 518 *et seq.*

(133) Sobre isso cf. Göppinger (supra, n. 132), p. 552 *et seq.*, com ulteriores referências.

(134) Assim há de se interpretar provavelmente a Lampe, *ZStW*, 106 (1994), p. 683 (696 *et seq.*) quando identifica de modo geral a associação criminal com a criminalidade organizada.

(135) Kaiser (supra, n. 132), p. 409.

(136) De acordo com a qual a criminalidade organizada é "a comissão planificada de delitos determinada pela persecução de benefícios e poder, sendo as infrações por si sós

em parte são muito indeterminados. Contudo, ao menos cabe deduzir desses indicadores que quando os *membros sejam em grande medida intercambiáveis* e exista uma estrutura de organização *caracterizada por um estilo de mando estrito*, há indícios de que se trata de uma forma de criminalidade organizada.[137] *Nesse* caso, entra em consideração também um domínio por organização. Portanto, em nenhum caso pode afirmar-se de maneira genérica que com a concorrência de criminalidade organizada, se é que essa pode sequer ser constatada de modo claro – existirá domínio por organização. Do contrário, há de comprovar-se em cada caso que assim seja. Em muitos casos, resultará difícil realizar essa constatação com total segurança, pois, por um lado, "até o dia de hoje não se logrou descobrir completamente a estrutura interna, os âmbitos de atividade e o alcance dessa com relação ao crime organizado",[138] nem, por outro lado, é discutido que exista uma estrutura hierárquica estrita.[139] No que se refere à Alemanha como lugar de cometimento, haverá de supor-se que existem mais estruturas em forma de rede como as antes mencionadas, que grupos organizados de modo hierárquico (como existem, por exemplo, no Japão).[140] Estudos próprios nos confirmam que também no caso dos chamados "cartéis da droga" colombianos dificilmente se poderá demonstrar a existência de uma estrutura de organização de caráter hierárquico.[141]

Por conseguinte, apesar de todos os novos dados conhecidos, resta uma considerável magnitude de insegurança que impede partir, no caso da criminalidade organizada, de modo genérico, de que existe domínio de organização. Essa possibilidade, em todo caso, entra em consideração quando concorram os indícios antes mencionados (estrutura de organização estrita, possibilidade de intercambiar membros). Em todo caso concreto, contudo, será difícil constatar sua concorrência.

ou em seu conjunto de considerável relevância e colaborando (segundo determinadas circunstâncias) mais de dois intervenientes durante um tempo prolongado e indeterminado" (*Publicações do Parlamento Federal* 12/989, 24, *Exposição de Motivos da Lei de Criminalidade Organizada (OrgKG)* da RFA). Crítico em geral com os intentos em definição, mas aportando ao menos uma "definição de mínimos", Krauthausen, *Moderne Gewalt. Organisierte Kriminalität in Kolumbien und Italien*, 1997, p. 24 *et seq.*

(137) Cf. os indicadores da Repartição Geral de Criminalidade Alemã (BKA, Bundeskriminalamt) enunciados em Kaiser (supra, n. 132), p. 410.

(138) Kerner, In: Kaiser; Kerner; Sack; Schellhoss (ed.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. ed., 1993, p. 377; com similar precaução também Göppinger (supra, n. 132), p. 552; Kaiser (supra, n. 132), p. 409-412.

(139) Cf. *Göppinger* (supra, n. 132), p. 553.

(140) Idem, ibidem, com ulteriores referências. Fundamental Sieber e Bögel, *Logistik der organisierten Kriminalität*, 1993, p. 23 *et seq.*, 56 *et seq.*

(141) Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, 1993, p. 38 *et seq.*; em sentido similar Krauthausen (supra, n. 136), p. 26; sob uma perspectiva mais geral, Kerner (supra, n. 138), p. 380.

3.2 Domínio por organização e aparatos desvinculados do direito

Os grupos de casos antes formados permitem agora abordar de novo a questão acerca do sentido do critério da desvinculação de direito. Roxin[142] disse: "Da estrutura do domínio de organização, se segue que só pode existir naqueles casos em que o aparato atua em seu conjunto fora do ordenamento jurídico". Segundo esse ponto de vista, então, apenas – à falta de normas jurídicas que se oponham – a instrução para a realização de ações puníveis pode ter um efeito fundamentador do domínio e pôr em movimento o aparato. Diante dele, o cumprimento de instruções antijurídicas em uma comunidade organizada conforme as regras do Estado de Direito somente pode ser entendido como "empreendimento privado", pois o aparato em si mesmo só funciona dentro dos meandros e dos limites do Estado de Direito, pelo que não pode ser posto em marcha mediante uma instrução antijurídica; em tal caso, inclusive, se estaria atuando contra ele. A respeito das modalidades de aparição, Roxin distingue entre o *poder estatal* que opera em si mesmo de modo desvinculado do direito e as *organizações criminais não estatais*, que como "Estado dentro do Estado" desenvolvem suas atividades em contradição com o ordenamento jurídico interno estatal. Considera que são exemplos históricos de um poder estatal desvinculado do direito não só no sistema nazista, mas também na antiga RDA, ao afirmar – na linha do comentário da mais recente jurisprudência do BGH – que essa "estrutura típico-ideal do domínio de organização" concorre também nesse último caso "em uma configuração clássica".[143]

Esse critério da desvinculação do direito não foi questionado nunca. O critério é assumido ou submetido a um ulterior desenvolvimento, por exemplo, por parte de Bottke,[144] que considera que o aparato em questão se encontra localizado "fora da cultura jurídica das nações civilizadas" (sobre isso, vide infra, *3.2.2*). No que se alcança, tão-somente Schild[145] mantém uma discussão crítica a respeito. Argumenta frente a Roxin que o decisivo é o domínio social, a "posição de poder social no marco da organização", e não uma eventual desvinculação do direito. Essa conclusão há de aplaudir-se, mas a desvinculação do direito necessita de uma crítica mais pormenorizada.

A limitação de responsabilidade que implica o critério da desvinculação do direito (isto é, aparatos de poder desvinculados do ordenamento jurídico) necessita de uma legitimação. A questão é *se – e em caso afirmativo, por que razões – há de estimar-se que a desvinculação do direito é um pressuposto imprescindível do domínio por organização*. Apenas ter-se-á tal caráter se o domínio do fato por parte do superior *deriva* precisamente *da desvinculação do direito* do aparato de

(142) Roxin, *Täterschaft*... (supra, n. 1), p. 249.
(143) Roxin, *JZ* 1995, p. 49 (49).
(144) Bottke (supra, n. 27), p. 72 *et seq.* (cf. a respeito, também, mais adiante no texto).
(145) Schild (supra, n. 29), p. 22 *et seq.*

poder que está a sua disposição, ao não se ver o executor impedido na realização da ordem por normas jurídicas (previstas pelo ordenamento) que se oponham a ele. Isso, sem embargo, não é assim. Bem ao contrário, o domínio por organização depende unicamente da *estrutura da organização em questão* e do *número de executores intercambiáveis*. Mais ainda: se o aparato não está "fora do ordenamento jurídico" (como requer o critério da desvinculação do direito), mas *é em si mesmo o ordenamento jurídico ou parte dele*, o domínio do fato por parte dos superiores é ainda maior que no caso do aparato desvinculado do direito. Verifiquemos o anterior – na ordem inversa – com base nos grupos de casos antes formados.[145a]

3.2.1 Aparato de poder de organização não estatal

Nesse âmbito, o critério da desvinculação do direito parece ser convincente à primeira vista, já que se pretende separar assim o joio criminal (criminalidade organizada) do trigo legal (empresas).[146] Desse modo, a criminalidade organizada está fora do ordenamento jurídico estatal, mas somente na medida em que não mantenha uma relação simbiótica com o Estado, como, por exemplo, sucede no caso da Máfia siciliana[147] ou dos "cartéis da droga" colombianos.[148] Se, ao invés, é esse o caso, se a criminalidade organizada opera como "paraestado",[149] ou seja, não de modo desvinculado do direito, paralelo ao ordenamento jurídico existente ou contra ele, mas nele integrado, como elemento do ordenamento, aproveitando os "meandros do direito" (Roxin) para a comum satisfação de interesses, o fato de que então já não estamos ante um aparato desvinculado do direito não muda em nada o efetivo domínio do fato e dos autores por parte da cúpula dirigente. Possivelmente, a desvinculação do direito concorre na maioria dos casos, mas sua ausência não impede a apreciação de domínio de organização. Portanto, é apenas um pressuposto *possível*, mas não necessário desta.

3.2.2 Aparato de poder de organização estatal

Nesse âmbito se aprecia, com maior claridade ainda, que as afirmações antes feitas são corretas. Há de reconhecer-se que pode concorrer desvinculação do direito em determinados casos. Se a destruição de determinados grupos étnicos

(145a) Contra a posição mais recentemente Roxin, *Festschrift Grünwald*, supra, nota 1; Figueiredo Dias, supra, nota 21, p. 104 *et seq.* Essas recentes opiniões tratarei em meu escrito de "Habilitation" (v., supra, nota 49).

(146) Nesse sentido Roxin, *Täterschaft...* (supra, n. 1), p. 251; idem, *JZ* 1995, p. 49 (51).

(147) Cf. Hess, *Mafia*, 1993, p. VI, 157 *et seq.*

(148) Cf. Ambos (supra, n. 141), p. 56 *et seq.*, 394 *et seq.*

(149) Cf. Hess (supra, n. 147), p. 200 *et seq.* (a "Mafia como paraestado").

ou da oposição política não é ordenada por lei, mas está baseada numa "ordem do Führer" ou em um plano de ação secreto da direção *de fato* do Estado (Argentina, Chile), existe um paralelismo de dois ordenamentos "jurídicos": o ordenamento "normal", que tem como propósito lutar contra a criminalidade comum, e o ordenamento "anormal", "pervertido", que constitui a base normativa do aparato estatal de poder que opera de modo clandestino. O único fim deste é a execução de um plano de destruição. O aparato fascista do precedente argentino oferece exemplo representativo:

"... enquanto esse sistema se punha em prática, a sociedade seguia submetida à ordem jurídica, a Constituição (com as limitações próprias de um regime de fato) estava em vigor, igualmente ao Código Penal. A polícia detinha os delinqüentes, os juízes ditavam sentenças. *Esse* sistema normativo se excluía com a técnica de combate à guerrilha, pois *um supunha a negação do outro*. A *incrível* subsistência paralela de ambos durante um prolongado período somente foi possível mercê da presença dos processados no alto escalão do poder. Dali, se procurou ocultar o que ocorria, mentindo aos juízes, aos familiares das vítimas, a entidades nacionais e estrangeiras e a governos de outros países, aparentando investigações, dando falsas esperanças de esclarecimentos, fornecendo pueris explicações e enganando a comunidade toda com uma esquizofrênica atitude que provocou um dano na sociedade de conseqüências hoje indizíveis."[150]

A situação é distinta, contudo, de quando o ordenamento jurídico em si mesmo é a base do terrorismo de Estado, ou seja, é em si mesmo "criminal" e por ele não pode falar-se de uma desvinculação do direito, ao menos no sentido de uma *desvinculação do direito positivo*. O reproche central, como no caso da sentença dos juristas relacionados com o sistema nazista, em uma participação no delito "*in the name of law* by the authority of the Ministery of Justice, and through the instrumentality of the courts",[151] significa que é o direito mesmo que interveio nos assassinatos em massa, ou seja, que foi instrumentalizado e usado como direito de dominação. Em tal caso, "nem o Estado nem suas instituições são... ilegais; pelo contrário, seguem as leis de acordo com as que foram criadas".[152] Também em outros casos ditatoriais, como, por exemplo, nas ditaduras militares da Argentina e do Chile,[153] cabe constatar tal juridificação da repressão.

Finalmente, administra o mesmo a respeito do totalitarismo de corte realsocialista, como, por exemplo, a anterior RDA. Pois quando a repressão se regula

(150) Sentença da Câmara (supra, n. 99), p. 1.603 (ênfases do autor).

(151) Cf. supra, n. 94 (sem grifos no original).

(152) Lampe, *ZStW* 106 (1994), p. 683 (709, também 714 *et seq.*: ao Estado como criador das leis sói respeitar o ordenamento jurídico).

(153) Cf. Ambos, In: Nolte (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, 1996, p. 86 *et seq.* (Argentina), 139 *et seq.* (Chile).

com tanta exatidão como no caso da antiga RDA – pense-se apenas no regime de fronteiras, como uma regulação jurídica exaustiva –, não há um aparato de poder *paralelo* nem um ordenamento jurídico paralelo; existe apenas e tão-somente *um* aparato de poder estatal de *competência territorial*. Luta, como qualquer Estado, contra a criminalidade geral, e reprime *simultaneamente*, como "Estado injusto", a resistência política. Pode prever para esses "fatos abomináveis"[154] um direito especial (por exemplo, um direito penal terrorista) e também órgãos especiais (polícia política, serviços secretos etc.), mas se trata em todo caso de *um* aparato de poder estatal. Também aqui falta, portanto, a desvinculação do direito, mas não impede o domínio do fato pelos superiores. Inclusive facilita. Pois enquanto o executor, subordinado no caso de aparato de poder desvinculado do direito, pode ao menos se orientar com base no ordenamento jurídico (acorde com o Estado de Direito) que segue existindo em paralelo, quando se dá concentração de direito e injusto nas mãos de um aparato de poder estatal, está-se sem possível orientação. Apenas há um ordenamento jurídico, e esse ordena também a realização de "fatos abomináveis", e ele, na forma ou na base de uma lei emitida de modo correto (no marco de ordem estatal preparado). *Esse* domínio do fato, portanto, é mais completo ("mais total") que no caso dos ordenamentos jurídicos paralelos. Posto que o ordenamento jurídico "vivido" e o fim "injusto" do Estado são uma mesma coisa, existe uma *estrutura de instrução e mando vertical que não se vê perturbada por dúvidas jurídicas*.

Nesse caso, só pode afirmar a desvinculação do direito quem toma como ponto de referência valorações próprias do Estado de Direito que, em última instância, são supralegais, e de direito natural no sentido da fórmula de Radbruch.[155] É provavelmente isso que Roxin tem em mente de modo intuitivo quando fala de garantias próprias do Estado de Direito, de valores fundamentais e direitos humanos.[156] Também Bottke vai nessa direção com a criação de um aparato injusto "a(nti)civil".[157] Um aparato estatal que se contrapõe à *lex naturalis* ou *lex æterna*, atua de modo injusto e portanto se separa do "direito".[158] Isso é convincente no plano valorativo, mas resulta demasiado abstrato. Uma desvinculação do direito entendida desse modo se dilui, e a abstração do direito positivo que comporta cria uma situação jurídica que não pode opor-se ao domínio do fato por parte do superior. Pois os princípios não escritos supralegais não são evidentes para o executor do fato, e por ele não podem constituir uma barreira para a execução da ordem. Portanto, também essa noção de desvinculação do direito perde sua base e razão de existência.

(154) Jakobs, *GA*, 1994, p. 1.

(155) Radbruch, *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)* 1946, p. 105 (107); sobre isso Arth Kaufmann, *NJW*, 1995, p. 81 (83); Sprenger, *NJ*, 1997, p. 3 (5 *et seq.*).

(156) Roxin, *Täterschaft*... (supra, n. 1), p. 250.

(157) Bottke (supra n. 27), p. 72 *et seq.*

(158) Jakobs, *GA* 1994, p. 1 *et seq.*

4. Conclusão

O domínio por organização tem como pressuposto a existência de uma *organização estruturada de modo hierárquico* e restrito a um *domínio* do fato do superior sobre executores *fungíveis*. Como grupos de casos entram em consideração aparatos de poder de organização estatal ou não estatal, ou seja, Estados totalitários e determinadas formas de criminalidade organizada, na medida em que essa última possua os elementos estruturais mencionados. A *desvinculação do direito* desses aparatos de poder não tem por que ser excluída, mas não constitui uma condição nem suficiente nem necessária do domínio por organização. Portanto, resulta *prescindível* como elemento estrutural do domínio por organização.

1.3

LA LEY PENAL EN BLANCO: concepto y cuestiones conexas* **

KLAUS TIEDEMANN

Resumo: O artigo traça o conceito de lei penal em branco, em sentido estrito, e outras questões conectas ao tema, como a técnica do "espaço em branco", a lei temporal e sua aplicação no Direito Penal Econômico e erro sobre questões de Direito.

Palavras-chave: Lei penal em branco – Tipos penais abertos – Lei temporal – Erro de direito.

A. La ley penal en blanco

I. Se califican de leyes penales en blanco en sentido amplio todos los tipos penales "abiertos", los cuales no describen enteramente la acción y/o la materia de prohibición y se encuentran, por consiguiente, necesitados de complementación. En un examen más pormenorizado, sin embargo, deben realizarse dentro del amplio espectro de tipos penales abiertos diferenciaciones terminológicas y de contenido que conducen, en definitiva, a un concepto de ley penal en blanco en sentido estricto (cfr. para lo que sigue ya Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 87 y ss., con referencias):

La necesidad de recurrir a otros artículos de la misma u otra ley para la interpretación de ciertos tipos y elementos del tipo no constituye propiamente una técnica legislativa singular; en este sentido puede hablarse de remisiones

(*) Artigo publicado na *Revista de Ciencias Penales*. Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales, vol. 1, n. 2, 1998, p. 515-541.

(**) Traducción de varias contribuciones del prof. Tiedemann al Krekeler, Wilhelm/ Tiedemann, Klaus/Ulsenheimer, Klaus/Weinmann, Günther (ed.), *Handwörterbuch des Wirtschafts – und Steuerstrafrechts (mit Ordnungswidrigkeiten – und Verfahrensrecht)* [*HWiStR*], C. F. Müller, Heidelberg, 1985 y ss. "Blankettstrafgesetz" (5.ª entrega, mayo de 1990), "Zeitgesetz" (4.ª entrega, noviembre de 1988), 'Auslegung' (1.ª entrega, agosto de 1986) e "Irrtum über Rechtsfragen" (4.ª entrega, noviembre de 1988), a cargo de Antoni LLabrés Fuster, profesor ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Valencia – Estudio General. Véanse las abreviaturas utilizadas en la última página.

expresas y concluyentes (son ejemplos de *remisiones* expresas al Derecho Mercantil las contenidas en los §§ 283 I n. 7 y 283 b I n. 3 del StGB para el "balance", o concluyentes las efectuadas al BGB mediante la idea de "ajenidad" de los §§ 242 y 246 del StGB).[1] Generalmente se trata, por lo que respecta a estos conceptos de remisión, *de elementos del tipo normativos* o valorativos, cuya verificación presupone la vigencia y aplicación de normas (jurídicas): los elementos normativos del tipo remiten a normas (Schlüchter, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983, p. 26; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 90). En cambio, según la doctrina dominante desde Binding, la verdadera ley penal en blanco se caracteriza por exigir que la integración del precepto penal o contravencional[2] proceda del acto de una instancia distinta de la que establece la conminación penal (la así llamada remisión externa; vid. BGHSt 6, p. 30 y ss., p. 40 y s.; Tiedemann, loc. cit., p. 94, con ulteriores referencias; Winkelbauer, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 15). De este modo, se trata sobre todo de supuestos de remisión a disposiciones administrativas generales (reglamentos jurídicos o administrativos), pero también, según una opinión controvertida, de supuestos de reenvío a actos particulares de la Administración (actos administrativos). Constituye un ejemplo de remisión a reglamentos jurídicos el

(1) El § 283 del StGB recoge distintas figuras de insolvencias punibles y, en concreto, en su apartado I n. 7, la conducta de quien, en una situación de endeudamiento excesivo o de insolvencia inminente o ya declarada y contraviniendo las normas del Derecho Mercantil, realice el balance de manera tal que dificulte el cabal entendimiento de la propia situación patrimonial (a) u omita realizar el balance patrimonial o inventario en los plazos prescritos (b). Por su parte, el § 283 b I n. 3 tipifica estas dos últimas conductas en cualquier otra situación.

Los §§ 242 y 246 del StGB, por su lado, tipifican, respectivamente, el hurto y la apropiación indebida. Estos dos parágrafos han sido modificados por la 6.ª Ley para la Reforma del Derecho Penal (6. StRG), de 26.02.1998, en vigor desde el 1 de abril: se extiende la conducta típica a los casos en que no es el sujeto activo, sino un tercero, quien se apropia finalmente de la cosa [N. del T.].

(2) Traduzco en lo que sigue *BuBgeldtatbestand* (*BuBgeldvorschrift* en este primer caso) por "tipo contravencional", aunque también podría haber optado por la expresión "tipo de la infracción administrativa", "tipo administrativo sancionador" o simplemente, y guardando quizá una mayor fidelidad al original, "tipo de la multa administrativa" (designándola, pues, a partir de la consecuencia jurídica que lleva aparejada esta clase de infracciones). Aunque a menudo se vierte *GeidbuBe* como "multa administrativa", *Ordnungswidrigkeit* como "infracción administrativa" o *Ordnungswidrigkeitenrecht* como "Derecho Administrativo sancionador", me parece más adecuado utilizar el término "contravención" (y el quizás poco elegante adjetivo "contravencional"), debido a que, al no referirse en castellano a una concreta clase de infracción y estar suficientemente asentado en este contexto, permite precisamente destacar la falta de equivalente en nuestro ordenamiento a las *Ordnungswidrigkeiten* y las *GeldbuBe*: la imposición de éstas últimas por parte de la Administración puede ser recurrida por el sancionado ante la jurisdicción penal en un procedimiento singular [N. del T.].

329 I, primer inciso, del StGB (¡reglamentos *anti-Smog*!), cuyo inciso segundo declara también punible la infracción de disposiciones administrativas particulares susceptibles de ejecución (al respecto, Winkelbauer, p. 15 y s.).[3] Igualmente, en el § 3 de la WiStG es suficiente con que el autor "infringiere un precepto jurídico sobre precios" etc., o "una disposición susceptible de ejecución dictada en virtud de un precepto tal" (contravención). Pero se da también una ley penal en blanco en sentido estricto cuando la vulneración de normas no jurídicas es presupuesto constitutivo de la infracción. Esto puede ser aceptado para la infracción de las "reglas de la técnica generalmente reconocidas" en la planificación, dirección y ejecución de una construcción (§ 323 I del StGB), siempre que en el tipo penal de peligros en la construcción se reputa bien protegido –al menos también– la seguridad en el trabajo (Tiedemann, *Jura*, 1982, p. 371 y ss., p. 377). Por contra, por lo que se refiere a la integridad o a la vida como bienes protegidos, las reglas de la técnica constituyen, de modo semejante a los deberes del tráfico en el *delito imprudente*, conceptos jurídicos indeterminados que el juez debe concretar (Tiedemann, ult. loc. cit., con referencias; Schünemann, en *Lackner-FS*, p. 373).[4] En cuanto a la terminología, se denomina "norma de complemento" a la disposición que colma o integra la conminación penal (vid. sólo Schönke/Schröder/Eser, n.m. 3 previo al § 1). Debe observarse, con todo, que, en general, el *uso del lenguaje* en la doctrina y en la jurisprudencia es a menudo poco técnico, particularmente cuando se denomina ley penal en blanco al tipo de la defraudación tributaria (§ 370 de la AO) (así, por ejemplo, por parte de BGH, *Wistra*, 1982, p. 108 y ss., p. 109). Este uso del lenguaje resulta inadecuado, porque la doctrina mayoritaria, especialmente desde el punto de vista del error y del dolo, trata de forma diferenciada, si no diametralmente opuesta, a las leyes penales en blanco y a los elementos normativos del tipo (de esta opinión, *KK-OWiG*-Rengier, § 11 nn.mm. 24 y 28).[5] Sin embargo, a favor de incluir con carácter general en el concepto de ley penal en blanco también la llamada remisión interna, se muestra *KK-OWiG*-Rogall, n.m. 16 previo al § 1, con más amplias referencias.

II. La razón del empleo de la técnica del "espacio en blanco" radica fundamentalmente en que al establecer un marco de prohibición penal deben ser tenidas en cuenta necesidades de la regulación y circunstancias cambiantes en el espacio

(3) El § 329 del StGB incrimina la puesta en peligro de espacios necesitados de protección: exige como requisito típico en el primer inciso de su apartado I la infracción de un reglamento dictado en virtud de la ley federal de protección contra la difusión de partículas ["*Immission*"] (BISchG), y en el inciso segundo se requiere contravenir una disposición susceptible de ejecución dictada en virtud de uno de los reglamentos a los que se refiere el inciso anterior [N. del T.].

(4) El § 323 I del StGB tipifica el delito de peligros en la construcción exigiendo para su verificación la puesta en peligro de la vida o la integridad de las personas [N. del T.].

(5) El § 370 de la AO constituye un paradigma de redacción trufada de referencias normativas extrapenales: "hechos tributariamente relevantes", "de modo contrario a deber", "beneficios tributarios indebidos" etc. [N. del T.].

y en el tiempo (un resumen en Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 96). De aquí deriva en buena medida, asimismo, la distinción entre la ley penal en blanco y las remisiones (vid. Winkelbauer, p. 13). De este modo, la ley penal en blanco con frecuencia se corresponde con una ley temporal, sin que tenga que ser, empero, necesariamente idéntica a ésta (vid. el apartado B). Además, la técnica del "espacio en blanco" se encuentra condicionada constitucionalmente, por cuanto que sólo a través de la forma de la ley puede el legislador federal desarrollar de manera unitaria la política económica, mientras que las concretas decisiones particulares, en cambio, deben quedar confiadas a la Administración (generalmente: de los Estados Federados) (Tiedemann, ult. loc. cit., p. 99, con referencias).

1. El contexto constitucional así caracterizado constituye, asimismo, el punto de partida de mayor calado para la formulación de *críticas* y reparos a la figura de la ley penal en blanco. Mientras, desde consideraciones de orden constitucional, resultan particularmente cuestionadas las remisiones dinámicas, abiertas de cara al futuro, a fuer de delegación inadmisible o abdicación del legislador ante la Administración u otras instancias (vid. por todos Bullinger, *Selbstermächtigung*, p. 22; Ossenbühl, *DVBl.*, 1967, p. 408), revisten especial interés objeciones de naturaleza penal de carácter general que emanan del mandato de determinación legal del tipo (art. 103 II de la GG, §§ 1 del StGB y 3 de la OWiG):[6] la descripción de una *acción* punible requerida por la constitución alcanza, en el caso de la ley penal en blanco, el más elevado grado de abstracción de la "infracción", de manera que en virtud de la ley (penal) tan sólo es posible advertir que una acción humana debe encontrarse relacionada con determinadas ramas del ordenamiento (p. ej., precios) (Tiedemann, *Tatbestandsfunklionen*, p. 96 y s., p. 239 y ss., con referencias). La jurisprudencia del BVerfG y del BGH exige, por lo que concierne a esa suerte de remisiones a disposiciones administrativas, que la prohibición penal tiene que ser ya *previsible a partir de la ley*, de modo que únicamente las cuestiones de detalle [*Spezifizierung*] pueden ser dejadas en manos del titular del poder reglamentario (BVerfGE 14, p. 174 y ss., 185; 14, p. 245 y ss., p. 251 y s.; 14, p. 254 y ss., p. 257; 22, p. 1 y ss., p. 19; 22, p. 21 y ss., p. 25; 23, p. 265 y ss.; 37, 201 [209]; 41, p. 314 y ss.; 51, p. 60 y ss.; 75, p. 329 y ss.; 76, p. 171 y ss.; BGHSt 21, p. 135 y ss., p. 137; de acuerdo *KK-OWiG-Rogall* § 3, n.m. 16; Jescheck, *AT*, 4. ed., p. 99; Schönke/Schröder/Eser, § 1 n.m. 8; Tröndle, *LK*, § 1 n.m. 11). Concretamente, en relación con el enmarañado e intrincado ordenamiento del vino de la Comunidad Europea, el OLG de Coblenza (*NStZ*, 1989, p. 189 y ss.) ha manifestado que, en la remisión de la ley penal en blanco a reglamentos, la materia

(6) Art. 103 II de la GG: "Un hecho sólo puede ser castigado si su punibilidad se hallaba determinada por ley de modo previo a su comisión". El § 1 del StGB [*No hay pena sin ley*] posee idéntico tenor.

§ 3 de la OWiG [*No hay sanción sin ley*]: "Una acción sólo puede ser sancionada como contravención si esa posibilidad se hallaba determinada por ley de modo previo a su comisión" [N. del T.].

de prohibición penalmente reforzada tiene que resultar ya suficientemente determinada a partir de la norma penal ensamblada con el reglamento estéticamente tomado como objeto de referencia; no se satisface esta condición cuando un reglamento expresamente tomado como objeto de la remisión es derogado y se dicta un nuevo reglamento del mismo contenido. En este caso, el legislador debe adecuar la norma en blanco al nuevo reglamento y remitirla a él de modo expreso. En el aire queda por ahora si esta jurisprudencia, referida a *reglamentos* jurídicos, no debería postular restricciones más severas para otras normas de rango inferior a la ley, toda vez que, hasta el momento, y ya por lo que respecta a aquellos, termina por conducir, al socaire de una equiparación entre "especificación" y "concreción", a una mera ficción de la previsibilidad (cfr. ya Tiedemann, *op. cit.*, p. 254 y ss.). De ahí que parezca atinado, por razones de orden constitucional, interpretar *restrictivamente*, en todo caso, las *leyes penales en blanco totalmente abiertas* (Tiedemann, *op. cit.*, p. 260 y ss.; de acuerdo, Göhler, n.m. 19 previo al § 1). Sea como fuere, debe ser el propio legislador quien tome la decisión última sobre el posible contenido de la norma de comportamiento. De manera que, en cuanto deja el legislador plena libertad a la Administración para establecer obligaciones de comportamiento, el correspondiente tipo penal o contravencional deviene inconstitucional por vulnerar el art. 103 II o el art. 104 I, primer inciso de la GG (BVerfG, *Wistra*, 1989, p. 139 y ss.).[7]

En la práctica, se incrementa finalmente la previsibilidad en la medida en que la norma de complemento *remita* al refuerzo penal o contravencional (la así llamada remisión inversa; cfr., p. ej., el § 3 I de la WiStG; sobre ello, Göhler, loc. cit., n.m. 18, y Tiedemann, *op. cit.*, p. 267).[8] En cambio, y según la en este punto acertada jurisprudencia del BVerfG (BVerfGE 14, p. 245 y ss., p. 251; 26, p. 42 y ss.), a medida que disminuye la gravedad de la sanción se relaja la garantía consagrada en el art. 103 II de la GG, que resulta así, por principio, más débil en el Derecho de Contravenciones que en el Derecho Penal nuclear (Tiedemann, *op. cit.*, p. 197 y ss.).

Sobre la base de la jurisprudencia, tanto del BVerfG como del BGH, existe hoy acuerdo sustancial en que las disposiciones jurídicas extrapenales tomadas como objeto de remisión deben ser contempladas como parte integrante del tipo penal o contravencional, de modo que tienen que ajustarse a lo dispuesto en el art. 103 II de la GG, y en particular someterse a la *prohibición de analogía* (BVerfGE 41, p. 319 y ss.; 48, p. 60 y s.; BGHSt 20, p. 180 y ss., abandonando la jurisprudencia anterior). Por eso resulta ciertamente discutible, a la postre, si y cuándo conclusiones analógicas admisibles extramuros del Derecho Penal pueden ser

(7) Art. 104 I, primer inciso, de la GG: "La libertad personal sólo puede ser restringida en virtud de una ley formal y con observancia de las formalidades en ella prescritas" [N. del T.].

(8) El § 31 de la OWiG condiciona el castigo de la infracción de las disposiciones sobre la regulación de precios a que éstas, a su vez, remitan al propio § 31 [N. del T.].

aceptadas para la determinación del contenido de los tipos penales o contravencionales o, por el contrario, deben quedar fuera de toda consideración (vid. el apartado C).

2. Las objeciones y reparos antes mencionados aumentan –desde la óptica constitucional del principio democrático– en el caso, ya abordado a propósito del § 323 del StGB, en que la ley penal queda integrada por *normas privadas*. En efecto, en este punto el ejemplo del § 323 del StGB evidencia precisamente que también resulta adecuada una exacta precisión conceptual: el § 323 sólo constituye una ley penal en blanco si se considera justo típico –cuanto menos también– la vulneración de la seguridad en el trabajo; la verdadera acción típica radica entonces en la infracción de normas sobre cuyo contenido no ofrece la ley mayores especificaciones. Si se reputan, por contra, la vida y la integridad corporal como únicos bienes jurídicos protegidos en el § 323, entonces el tipo penal entiende como acción típica la puesta en peligro de la vida o integridad corporal de un tercero, y la vulneración de las reglas de la técnica pasa a expresar exclusivamente, a la manera de un delito imprudente, de forma suplementaria y global, el criterio de enjuiciamiento de la contrariedad a deber de la puesta en peligro (Tiedemann, *Jura*, 1982, p. 377, con referencias; extensamente, Schünemann, en *Lackner-FS*, p. 372 y ss.).

3. Por lo que respecta a la *prohibición de retroactividad* de la ley penal desfavorable y al mandato de retroactividad de la más benigna (§ 2 del StGB, y de forma análoga el § 4 de la OWiG),[9] se reconoce en principio, desde BGH 20, p.

(9) § 2 del StGB [*Vigencia temporal*]: "I. La pena y sus consecuencias se determinan con arreglo a la ley vigente en el momento del hecho. II. Si la conminación penal fuera modificada durante la comisión del hecho, se aplicará la ley vigente en el momento de su finalización. III. Si la ley vigente en el momento de la finalización del hecho fuera modificada antes de la resolución, se aplicará la ley más favorable. IV. Una ley que sólo deba regir para un lapso de tiempo determinado, se aplicará igualmente, aunque haya sido derogada, a los hechos que hubieran sido cometidos bajo su vigencia, salvo que legalmente se haya determinado otra cosa. V. Los apartados I a IV se aplicarán de forma análoga a la confiscación [de beneficios patrimoniales obtenidos ilícitamente], al comiso y a la inutilización [de los afectos o instrumentos del delito]. VI. Por lo que se refiere a las medidas de corrección y seguridad, se aplicará la ley vigente en el momento de la sentencia, salvo que legalmente se haya determinado otra cosa".

§ 4 de la OWiG [*Vigencia temporal*]: "1. La multa administrativa se determina con arreglo a la ley vigente en el momento de la acción. II. Si la amenaza de multa administrativa fuera modificada durante el momento de la comisión de la acción, se aplicará la ley vigente en el momento de su finalización. III. Si la ley vigente en el momento de la finalización de la acción fuera modificada antes de la resolución, se aplicará la ley más favorable. IV. Una ley que sólo deba regir para un lapso de tiempo determinado será aplicada igualmente, aunque haya sido derogada, a las acciones cometidas bajo su vigencia, salvo que legalmente se haya determinado otra cosa. V. Por lo que respecta a las consecuencias accesorias de una contravención se aplicarán los apartados I a IV" [N. del T.].

177 y ss., que las modificaciones de las normas de complemento deben ser tratadas del mismo modo que las operadas en las leyes penales o contravencionales, "toda vez que en la práctica aquéllas conforman el 'tipo' de éstas" (Schönke/Schröder/Eser, § 2 n.m. 26, con referencias). Un parecer más reciente pretende exceptuar de esa consideración, sin embargo, a aquellas modificaciones normativas que sólo atañan "indirectamente" al tipo penal o contravencional o que "no afecten de forma sustancial al fin de protección y a la forma de ataque del tipo en blanco, ni tampoco, de este modo, al injusto realizado" (Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., con ulteriores referencias). Con ello se traslada parcialmente a la ley penal en blanco la doctrina de la continuidad del tipo de injusto (BGHSt 26, p. 167 y ss., p. 172 y s.; Tiedemann, *JZ*, 1975, p. 693; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 24, con más amplias referencias). Esto resulta sin duda coherente, pero otorga a la ley penal en blanco –a causa, además, de la frecuente aplicabilidad del § 2 IV, primer inciso del StGB– una vigencia, en perjuicio del afectado, especialmente amplia, muy por encima de la de las leyes penales "normales". De ahí que, en este sentido, Schönke/Schröder/Eser, § 2 n.m. 27, aboguen acertadamente por tomar en consideración la modificación de las normas de complemento cuando ésta incida en el fin de protección o en la forma de ataque, los cuales son para la "concreción del comportamiento", conjuntamente constitutivos del injusto; por consiguiente, "por regla general", debe ser considerada una modificación de la ley penal relevante a los efectos del § 2 III del StGB. No queda claro, con todo, por qué Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., pretenden exceptuar de ese atinado principio, en el ámbito del Derecho Penal tributario, a las modificaciones normativas "en virtud de las cuales la pretensión tributaria como tal resta intacta": el hecho de que la pretensión tributaria nacida conforme a la anterior regulación perdure también con arreglo a la nueva debe ser penalmente irrelevante, a menos que la propia nueva regulación de la normativa tributaria prevea su aplicación retroactiva. Esto es una argumentación circular que claramente se apoya, además, en suponer que una deuda tributaria nacida para un lapso de tiempo determinado consiste exclusivamente, sin atender a su configuración, causa y finalidad, en la obligación de satisfacer una suma de dinero (¡la cual obviamente no varía por una nueva valoración con efectos *ex nunc*!). Que esta suposición resulta desacertada para el Derecho Penal tributario no debe ni puede ser explicado aquí en detalle (cfr. ya Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1976, vol. II, p. 118 y s., con ulteriores referencias). Una nueva valoración que no se agote en modificaciones meramente técnicas altera necesariamente la apreciación del merecimiento de pena también de una conducta anterior. El hecho de que el concreto objeto de la acción resultara ya lesionado, y de que subsista esa lesión, no impide la aplicación del § 2 III del StGB. Antes bien, este precepto precisamente presupone por fuerza una tal lesión. Debido a la falta de unos fundamentos teóricos suficientes en las doctrinas de la retroactividad, el parecer contrario ignora que el § 2 III del StGB, al igual que el § 4 III de la OWiG, conciernen únicamente a la norma de sanción (dirigida al juez), pero no, en cambio, a la norma de comportamiento (dirigida al autor) (cfr. ya Tiedemann, *NJW*, 1987, p. 1.247 y s.).

Que se haya realizado ya el injusto es, por consiguiente, presupuesto de los §§ 2 III del StGB y 4 III de la OWiG; el hecho de que este injusto se vea "afectado" por un cambio normativo ulterior constituye una cuestión relativa a la necesidad de pena. Esta cuestión difícilmente puede ser resuelta acudiendo al criterio de si los resultados se presentan como más o menos satisfactorios (así Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 23); por el contrario, una tal manifestación del sentido de la justicia resulta del todo inadecuada en el seno de las teorías sobre la vigencia de las normas (cfr. ya OLG Bremen, *NJW*, 1964, p. 2.262 y ss., refiriéndose a BGHSt 6, p. 32 y ss.). En suma, de la génesis de la redacción vigente del § 2 del StGB (sobre ello, Tiedemann/Dannecker, *Gesetzliche Milderung*, p. 36 y s., con referencias) se infiere que la solución correcta no puede residir en postular, al lado de un concepto de ley temporal muy amplio y asimismo sólo determinado por medio de la interpretación, y junto a la (controvertida) doctrina de la continuidad del tipo de injusto, difusas restricciones ulteriores que únicamente apelan al sentido de la justicia. Lo correcto será constatar en los casos límite, con un criterio ya utilizado por la jurisprudencia del RG, si tiene o no lugar un *cambio de valoración*. Este último debe negarse generalmente en el caso de mera variación de los importes de tarifas y bonificaciones, mas, por el contrario, debe ser afirmado para la nueva valoración por parte del legislador de las donaciones a partidos como "gastos de promoción de finalidades políticas" a través de los §§ 10 b II de la EStG y 9 n. 3 de la KStG en la redacción de 01.01.1984 (Tiedemann/Dannecker, loc. cit., p. 80).[10] Este resultado aparece especialmente claro si –de acuerdo con la comisión de expertos para la lucha contra la criminalidad económica– se reputan de bien jurídico en el fraude fiscal no sólo la protección de la Hacienda pública, sino

(10) Alude Tiedemann al polémico *Parteispendenaffäre*: con la *Parteienfinanzierugsgesetz* de 22.12.1963 (en vigor desde el 01.02.1984) se modificaron la EStG (§10 b II) y la KStG (§ 9 n. 3) para dispensar a las donaciones a partidos la consideración de "gastos de promoción de finalidades políticas". Con ello, se pasó de un máximo tributariamente deducible de 1.800 marcos (3.600 en declaraciones conjuntas) a un total del 5% de los ingresos o un 5 por mil del total invertido en el pago de salarios y retribuciones en un mismo ejercicio. A partir de ahí fue objeto de debate qué normas extrapenales debían integrar las referencias normativas de los tipos de los §§ 370 y 378 de la AO para su aplicación, en más de 2.000 procedimientos penales, a las defraudaciones tributarias cometidas antes de la reforma (fundamentalmente vía donación encubierta a través de sociedades interpuestas de utilidad pública para poder deducir esos gastos de los impuestos): o bien la nueva ley (esto es, los tipos de la AO integrados con las normas tributarias en su redacción posterior más favorable), en virtud del § 2 III del StGB, o bien, considerando que la introducción de una cláusula temporal en la normativa extrapenal (los §§ 52 XVII a de la EStG y el 54 XIV de la KStG disponen que la nueva regulación se aplicará únicamente a partir del ejercicio de 1984) convierte en ley temporal a la ley penal misma, la ley penal integrada con las normas tributarias vigentes en el momento de los hechos, más desfavorable, por tanto, con arreglo al § 2 IV del StGB. El BGH optó en su sentencia de 28.02.1987, incorrectamente según Tiedemann, por esta última solución (BGHSt 34, p. 272 y ss.) [N. del T.].

también la sujeción de la recaudación tributaria a su finalidad (Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, loc. cit.): la modificación de los fines perseguidos con una exención tributaria altera también la referencia al bien jurídico, y con ello la valoración del hecho (para la relevancia del bien jurídico en nuestro contexto, acertadamente, *KK-OWiG-Rogall*, § 4 n.m. 11, el cual maneja, con todo, un concepto de ley penal en blanco demasiado amplio). Vale lo anterior, por ejemplo, cuando para la exportación de carne a África, con posterioridad, se hace extensivo el principio de restitución [subvenciones a la exportación] de la CEE a la llamada *Knochendünnung* (carne intercostal entre la novena y la decimotercera costilla) (Reglamento de la CEE 8.921/84, de 15.10.1984), porque su anterior no inclusión hacía necesario un despedazamiento de la carne relativamente minucioso; el reconocimiento legal de la relevancia del tiempo invertido y del costo laboral añadido significa en ese caso, también, una valoración distinta respecto al hecho de haber exportado la carne de vacuno con su correspondiente *Knochendünnung* (de otra opinión, en cambio, LG Munich I 3 KLs 317 Js 18.212/84, de 22.11.1985, cuando una presunta partida para la exportación de 628.997 kg de carne de vacuno fue facturada *adrede* con más de un 30% de *Knochendünnung*).

Escasamente dilucidado resulta igualmente el tratamiento del error sobre la existencia de las normas de complemento. La jurisprudencia ve en ello un mero error de prohibición en el sentido de los §§ 17 del StGB y 11 II de la OWiG (BGHSt 9, p.164 y ss., p. 172; 14, p. 223 y ss., p. 228; en los mismos términos Schönke/Schröder/Cramer § 15 n.m. 101, con referencias).[11] Por el contrario, la doctrina se cuestiona con mejor fundamento la posibilidad de un error de tipo: una "infracción" [*"Zuwiderhandlung"*] sólo es cometida dolosamente cuando el autor conoce el contenido de la materia de prohibición [*"Zuwider" handlung*][12] (vid. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 335 y ss., con referencias). El caso es que también la opinión opuesta hace con frecuencia excepciones en el supuesto de que el autor no conozca una *disposición particular* complementadora de la norma en blanco (*KK-OWiG*-Rengier, § 11 n.m. 27; Schönke/Schröder/Cramer,

(11) § 17 del StGB [*Error de prohibición*]: "Si, al cometer el hecho, desconoce el autor estar obrando antijurídicamente, actúa sin culpabilidad si no pudo evitar este error. Si el autor pudo evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49 I".

§ 11 II de la OWiG (*Error*): "Si, al realizar la acción, desconoce el autor estar haciendo algo no permitido, por ignorar, en concreto, la existencia o la aplicabilidad de una disposición jurídica, actúa de modo no reprochable si no pudo evitar este error" [N. del T.].

(12) Utiliza aquí el autor un intraducible juego de palabras a partir del término *Zuwiderhandlung*: sustantiviza la preposición *zuwider* (contrario a) para hacerla expresiva de aquello a lo que es contraria la acción, esto es, de lo que resulta infringido por la acción (*Handlung*), y, por consiguiente, de lo prohibido (*Verbotsmaterie der "Zuwider"*) [N. del T.].

loc. cit., n.m. 102). Por último, reina por lo general coincidencia en que los elementos formulados en las normas de complemento, esto es, el contenido de estas normas, pertenecen al tipo en el sentido de los §§ 16 del StGB y 11 I de la OWiG (Göhler, § 11 n.m. 3; Rengier, loc. cit., n.m. 25; Schönke/Schröder/Cramer, loc. cit., n.m. 100, con ulteriores referencias).[13]

B. Ley temporal

I. El § 2 IV del StGB, en su primer inciso, califica de ley temporal a aquella ley penal que "sólo deba regir para un lapso de tiempo determinado" (en idénticos términos está redactado el § 4 IV, primer inciso, de la OWiG; sobre la definición, en detalle, vid. el epígrafe III). Los tipos penales (y contravencionales) con semejante limitación del plazo de vigencia son relativamente frecuentes en el Derecho Penal Económico, especialmente en la medida en que se trata de normas jurídicas para épocas de crisis políticas y/o económicas (por ejemplo, las normas penales sobre divisas o sobre precios). Sin embargo, hace ya tiempo que el Derecho Penal económico se ha liberado de su histórico papel de Derecho Penal para épocas de crisis, temporalmente limitado y cambiante, y, por regla general, comparte con el Derecho de la Economía (Derecho de la Empresa) una cierta estabilidad en la regulación. Con todo, una parte considerable del Derecho Penal económico sigue estando naturalmente enderezado a la reacción y planificación, lo cual, desde el punto de vista de la técnica legal, se traduce en la proliferación de leyes penales en blanco y en la correspondiente integración de la regulación penal marco con disposiciones jurídicas extrapenales y actos administrativos (Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 96 y ss.). A la vista de tales fenómenos, se amplía el ámbito de aplicación de los §§ 2 IV del StGB y 4 IV de la OWiG, puesto que, desde la así llamada resolución acerca del impuesto sobre los aceites minerales (BGHSt 20, p. 178 y ss.), las *normas y actos de complemento* extrapenales, así como, en general, prácticamente todos los preceptos a los que se remiten los tipos penales por medio de sus elementos normativos, son considerados *partes de la ley penal* (BVerfGE 48, p. 48 y ss.; Göhler, *OWiG*, § n.m. 5; Schönke/Schröder/Eser, § 2 nn.mm. 20 y 23; Tiedemann/Dannecker, *Gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht*, p. 19 y ss., en cada caso con ulteriores referencias).

(13) § 16 del StGB [*Error sobre las circunstancias del hecho*]: "I. Quien, al cometer el hecho, desconoce una circunstancia perteneciente al tipo legal, actúa sin dolo. Esto no afecta a la posibilidad de ser castigado por comisión imprudente. II. Quien, al cometer el hecho, supone erróneamente que concurren circunstancias que realizarían el tipo de una ley más favorable, sólo puede ser castigado por comisión dolosa con arreglo a esta última".

§ 11 I de la OWiG [*Error*]: "Quien, al realizar una acción, desconoce una circunstancia perteneciente al tipo legal, actúa sin dolo. Esto no afecta a la posibilidad de ser sancionado por comisión imprudente" [N. del T.].

II. La consecuencia jurídica que comporta la caracterización de una disposición penal (contravencional) como ley temporal reside en que, con arreglo a los § 2 IV del StGB y 4 IV de la OWiG, aun habiendo finalizado su periodo de vigencia (lo cual puede suceder por derogación o por modificación), continúa siendo aplicable a hechos que fueron cometidos bajo la vigencia de la regulación anterior. Debe castigarse, por consiguiente, de acuerdo con una ley penal que en el momento de dictar sentencia ya no se encuentra en vigor, esto es, que no existe ya jurídicamente. Ello constituye una excepción al principio formulado en los §§ 2 III del StGB y 4 III de la OWiG, consistente en que, en caso de atenuación de la penalidad (¡y con mayor razón en caso de derogación!), no debe aplicarse el Derecho vigente en el momento del hecho, sino el que está en vigor en el momento de dictar sentencia. En la doctrina penal se discute si este principio recogido en los §§ 2 III del StGB y 4 III de la OWiG constituye o no, a su vez, una excepción al principio de la aplicación del Derecho vigente en el momento del hecho. Según la opinión mayoritaria, el juez penal, al igual que la autoridad administrativa en las contravenciones, aplica siempre el Derecho vigente en el momento del hecho con la sola excepción de lo dispuesto, respectivamente, en los §§ 2 III del StGB y 4 III de la OWiG; el Derecho vigente en el momento del hecho goza, de acuerdo con este entendimiento, de "ultraactividad" temporal (Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 37). Según un parecer contrapuesto, el juez penal y las autoridades administrativas, lo mismo que normalmente el juez civil o el del contencioso, aplican únicamente el Derecho vigente en el momento de dictar sentencia o de imponer la multa administrativa, sobre todo en tanto se trata de contar con un fundamento (¡vigente!) que les faculte para imponer la sanción; tan sólo en la medida en que el Derecho Penal o el Derecho de las Contravenciones vigente en el momento de imponer la sanción resulte más severo que el vigente en el momento del hecho, la protección de la confianza garantizada por el art. 103 II de la GG ordena hacer caso omiso de la agravación (Tiedemann, en *Karl Peters – FS*, 1974, p. 196 y ss.; Tiedemann/Dannecker, loc. cit., p. 14 y ss., con ulteriores referencias). Esta controvertida cuestión permanece de momento sin resolver. Además, tiene sobre todo relevancia para el supuesto básico de los §§ 2 III y IV del StGB y 4 III y IV de la OWiG, especialmente si se pretende aplicar el principio – metodológicamente discutible– de que las reglas que formulan excepciones deben ser interpretadas *de forma restrictiva*. De acuerdo con su comprensión básica de la aplicación del Derecho vigente en el momento del hecho, la doctrina mayoritaria sostiene, en los §§ 2 III del StGB y 4 III de la OWiG, una *retroactividad* de la atenuación legal, pero, con ello, se ve enfrentada con el problema de cómo habrá de fundamentarse el dolo típico del autor en relación con elementos normativos del tipo y con valoraciones que jurídicamente aún no existían o no eran relevantes en el momento del hecho (vid. ya Tiedemann, *NJW*, 1977, p. 778 y ss.). Las "circunstancias del hecho", pertenecientes al tipo legal en el sentido del § 16 del StGB, no pueden ser percibidas por sí mismas, esto es, al margen de los términos típicos a los cuales deben ser anudadas (vid. sólo Schlüchter, *JuS*, 1985, p. 374, con referencias). Una solución que se muestra conforme con el tenor literal de la

ley recurre a la utilización de la distinción, reconocida en la teoría de las normas, entre norma de conducta y norma de sanción: según un entendimiento correcto, los §§ 2 del StGB y 4 de la OWiG no conciernen, en definitiva, a la norma de conducta (dirigida al autor), la infracción de la cual se describe en el tipo penal o contravencional, sino únicamente a la norma de sanción dirigida al juez o a las autoridades administrativas, esto es, al mandato contenido en el precepto penal (en sentido amplio) de imponer penas o multas administrativas como consecuencias jurídicas asociadas a la realización del tipo (Tiedemann, *NJW*, 1986, p. 2.476 y s.).

III. Debe diferenciarse, en concreto, entre ley temporal en sentido estricto y ley temporal en sentido amplio. En cualquier caso, los §§ 2 IV del StGB y 4 IV de la OWiG aluden, sin lugar a dudas, a leyes penales y contravencionales que se encuentran *expresamente sujetas* a término (leyes temporales en sentido estricto). Se discute, en cambio, la extensión de los §§ 2 IV del StGB y 4 IV de la OWiG a aquellas leyes penales y contravencionales respecto de las cuales sólo a partir de su contenido y finalidad, *por vía interpretativa*, por tanto, pueda deducirse que deben ser entendidas como reglas concebidas con carácter transitorio (leyes temporales en sentido amplio). La doctrina mayoritaria incluye también a estas últimas en el concepto de ley temporal (Göhler, § 4 n.m. 10; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., § 2 n.m. 35, con referencias). A esto se replica, sin embargo, que los §§ 2 IV del StGB y 4 IV de la OWiG se hallan sujetos, en su calidad de reglas que disciplinan la vigencia de las normas, a redobladas exigencias de certeza, y que la cuestión de la vigencia de una ley penal o contravencional no puede hacerse depender de la averiguación de su contenido o finalidad (Tiedemann, en *Karl Peters – FS*, p. 200 y ss.; de acuerdo, Rüping, *NStZ*, 1984, p. 451; similar Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4/65). – Además, en el seno de la doctrina mayoritaria el concepto de ley temporal (en sentido amplio) es entendido de un modo absolutamente dispar. Desde un punto de vista estricto, deben recibir la consideración de leyes temporales únicamente aquellas leyes no sujetas a término que, de conformidad con su contenido, tengan que regir en *circunstancias excepcionales* limitadas en el tiempo, esto es, en "circunstancias extraordinarias", con cuya desaparición pierden de suyo la razón de ser (así, especialmente, BGHSt 6, p. 31 y ss., p. 37 y ss.; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 35). Este entendimiento – al igual que el criterio aún más amplio que se aborda a continuación– es combinado asimismo con la clarificadora restricción de que sólo la desaparición (o variación) de las circunstancias fácticas puede motivar la pérdida de vigencia de la regulación; por el contrario, el cambio de la valoración jurídica que subyace a la ley debe ser tenido en cuenta a favor del autor y se opone a la consideración de la norma alterada como ley temporal (BGHSt 18, p. 15 y ss.; 20, p. 182 y ss.; Göhler, loc. cit.; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 37, con ulteriores referencias). Mayoritariamente se sostiene como punto de partida una concepción aún más amplia, según la cual se reputa ley temporal no sólo a la regulación de circunstancias excepcionales limitadas en el tiempo, sino a *toda regulación de circunstancias* (económicas) *temporalmente cambiantes* (BGH, *NJW*, 1952, p. 72 y ss.; Göhler, loc. cit.; Tröndle, en *LK*, § 2 n.m. 45). Esta concepción se encuentra

con considerables dificultades a la hora de trazar la delimitación de tales normas con respecto a las leyes ordinarias, pues "casi toda ley (...) se halla en cierto sentido temporalmente limitada" (BGHSt 6, p. 37 y ss.). De ahí que BGH, *NJW*, 1952, p. 72 y ss., exija adicionalmente que se trate de regulaciones "en buena medida dictadas bajo consideraciones de oportunidad" y cuyo carácter transitorio sea reconocible de antemano. BGH, *MDR*, 1964, p. 161 y ss., postula, en general, una aplicación *limitada* de la regla del § 2 IV del StGB, entendida como excepción (en los mismos términos, Kunert, *NStZ*, 1982, p. 279). Por lo demás, la doctrina mayoritaria reconoce que la vigencia prolongada de hecho constituye un indicio *contra* la calificación de una norma como ley temporal, de manera que una ley originariamente temporal puede perder tal carácter en el curso de su periodo de vigencia (BGHSt 6, p. 39, para una ley que había estado 13 años en vigor; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 38; Tröndle, loc. cit.).

IV. La más reciente *jurisprudencia* ha dispuesto de repetidas oportunidades, especialmente en la posguerra, de examinar distintas parcelas del Derecho Penal económico y tributario desde la óptica de la ley temporal. Últimamente, el *problema de las donaciones a partidos* ha propiciado un reavivamiento de la discusión (vid. BGHSt 34, p. 272 y ss., con comentario de Tiedemann, en *NJW*, 1987, p. 1.247 y s.).

El *Derecho Penal tributario* es mayoritariamente considerado, no sin dificultades, ley temporal (Felix, en Boor/Pfeiffer/Schünemann, *Steuerstrafrechtliche Perspektiven der Parteispenden*, p. 46 y s.; Kohlmann, *Steuerstrafrecht*, § 369 n.m. 66; Kunert, loc. cit., p. 278 y ss.; Lackner, § 2 n.m. 4; Schäler, *Wistra*, 1983, p. 171 y ss.; Tiedemann/Dannecker, loc. cit., p. 35 y ss.; de otra opinión: Franzen/Gast/Samson, *Steuerstrafrecht*, § 369 n.m. 25; Franzheim, *NStZ*, 1982, p. 138; vid., además, Göhler, § 4 n.m. 10: los preceptos tributarios son "en buena medida" leyes temporales). Esto es así especialmente para las normas del impuesto sobre la renta, las cuales, no sólo ya en virtud del principio de la tributación por periodos, tienen el carácter de ley temporal (Flämig, *Steuerrecht als Dauerrecht*, p. 105; Tiedemann/Dannecker, *op. cit.*, p. 39 y ss., con ulteriores referencias). Sin embargo, BGHSt 34, p. 283 y ss., no estima, en este sentido, alteración del tipo penal una modificación de las normas tributarias promulgada con efectos *ex-nunc* (en los mismos términos, Dreher/Tröndle, § 2 n.m. 13 e; Göhler, loc. cit.; Lackner, § 2 n.m. 3 a aa), cercenando con ello la unidad del tipo penal con el precepto extrapenal al que aquél se remite, establecida por BGHSt 20, p. 182 y ss. (crítico, por eso, Tiedemann, *NJW*, 1987, p. 1.247 y s.). Tampoco las normas sobre ventajas fiscales (que obedecen generalmente a finalidades extratributarias) deben ser consideradas sin más como leyes temporales, sino que tienen que analizarse por separado, atendiendo a la naturaleza y contenido de su regulación (Tiedemann/Dannecker, op. cit., p. 42 y s.; de otra opinión, para la generalidad de los casos, Lackner, loc. cit.). En cambio, los preceptos sobre tarifas tributarias y, en general, sobre los máximos de los gravámenes tributarios son a menudo considerados leyes temporales (vid. sobre todo Samson, *Wistra*, 1983, p. 237; también OLG Hamm, *NJW*, 1954, p. 1.735 y s., en un *obiter dictum*). Lo

correcto es, sin embargo, atender también aquí a los criterios generales y comprobar caso por caso si se trata o no de unas meras leyes temporales (Tiedemann/ Dannecker, loc. cit., p. 56 y s.; igualmente BayObLG, *ZfZ*, 1966, p. 176 y s.).

Fuera del Derecho Penal tributario han sido consideradas *leyes temporales* las siguientes disposiciones del *Derecho Penal económico*:

– Obligaciones de los depósitos a la vista, conforme a la AWG en su anterior redacción: OLG Karlsruhe, *NStZ*, 1981, p. 264 y ss.

– Control de cambios: OLG Karlsruhe, *DAWR*, 1963, p. 70 y ss.

– Prohibiciones a la importación conforme a la AWG: OLG Bremen, *DAWR*, 1966, p. 10 y ss.; OLG Hamburg, *DAWR*, 1964, p. 10 y ss.; OLG Karlsruhe, *NJW*, 1968, p. 1.582 y ss.

– Precios máximos: BGH, *NJW*, 1952, p. 72 y ss.; BGH, *NJW*, 1962, p. 825 y ss.

– Ley sobre el control de viviendas: OLG Hamm, *JMBINRW*, 1965, p. 270 y ss.

En cambio, se *negó* el carácter de *ley temporal* a las siguientes disposiciones:

– La legislación penal sobre divisas, conforme a la MRG n. 53 y la AHKG n. 33: BGHSt 18, p. 12 y ss. (de otra opinión, BayObLGSt, 1962, p. 117 y ss.).

C. Interpretación

(...)

II. 3. No privativa del Derecho Penal económico y tributario, pero sí característica de esta materia, resulta la *remisión* del Derecho Penal y del Derecho de las Contravenciones *a normas jurídicas extrapenales*. Este reenvío puede efectuarse expresamente (ejemplos: los §§ 283 I n. 6 y 7 y 283 b del StGB; § 372 de la AO; §§ 399 I, n. 3 a 6, y II de la AktG, y 82 I n. 4 y 84 I n. 2 de la GmbHG) o –con mayor frecuencia– tener lugar de modo concluyente (ejemplos: § 283 I n. 1 del StGB; §§ 370 y 378 de la AO; §§ 399 I n. 1 y 2 de la AktG y 82 I, n. 1 a 3, y II de la GmbHG). Desde la perspectiva del Estado de Derecho (distintas instancias normativas) se habla aquí también de *tipos penales en blanco* (propios e impropios) (una visión de conjunto al respecto en Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 89 y ss.). Con independencia de esta (controvertida) terminología, para la aplicación práctica del Derecho Penal las normas jurídicas penales y las extrapenales deben ser "leídas de forma conjunta" (lo cual no pocas veces requiere ya una interpretación y trae consigo una transformación del contenido de la norma: Tiedemann, *op. cit.*, p. 260 y s.). En cualquier caso, en la medida en que resultan directamente relevantes para la fijación del contenido del tipo penal o contravencional, los preceptos extrapenales son considerados, atendiendo al art. 103 II de la GG –especialmente, por tanto, con respecto a la delimitación entre interpretación y analogía, así como en relación con la requerida determinación del tipo– *parte integrante del tipo penal y contravencional* (vid. sólo BVerfGE 48, p. 60 y s.; 41, p. 319 y ss.). De tal manera, resulta dudoso si conclusiones

analógicas extrapenales deben ser tenidas en cuenta y adoptadas para la determinación del contenido de los tipos penales y contravencionales o, por el contrario, deben quedar fuera de toda consideración para el Derecho Penal y el Derecho de las Contravenciones; este último supuesto conduciría, según el ámbito en donde tenga que aplicarse y la clase de procedimiento de que se trate, a una *ambivalencia de la norma* en su contenido. La cuestión se encuentra últimamente en tela de juicio. La praxis de los tribunales superiores se inclina por evitar, en aras de la unidad del ordenamiento, semejante "desdoblamiento de la norma" (vid. BGH, *NJW*, 1978, p. 1.856 y s.; Raisch, *ZHR* 146 [1982], p. 355 y s.; Tiedemann, en Immenga/Mestmäcker, *GWB-Kommentar*, 1981, n.m. 27 previo al § 38, en cada caso con ulteriores referencias). No obstante, queda sobre todo en pie la posibilidad y conveniencia de exceptuar del refuerzo penal y contravencional a aquellos preceptos extrapenales, situados en un ámbito marginal, que se encuentran en el todavía inseguro y controvertido curso del desarrollo jurídico extrapenal o que constituyen, más bien, pautas de comportamiento al modo del contenido de un uso del tráfico ya consolidado (Tiedemann, *op. cit.*; en sentido afirmativo Schulze-Osterloh, en Kohlmann, *Strafverfolgung*, 1983, p. 50 y ss.). En este sentido, el OLG de Colonia (2 Ws 708/709/74, en Tiedemann, en *Lackner-FS*, 1987) ha confirmado la interpretación del LG de Bonn para el tipo de falsificación del informe sobre el estado financiero en el Derecho Penal de las sociedades anónimas (§ 400 I n. 4 AktG en su anterior redacción; cfr. ahora el § 331 del HGB en su nueva versión), según la cual una integración por vía interpretativa de los datos obligatorios exigidos por el § 160 III de la AktG en su anterior redacción (§ 160 I de la AktG en su nueva versión, § 285 del HGB en su nueva versión) con arreglo a los principios de un "informe escrupuloso y veraz" (vid. § 160 IV 1 de la AktG en su anterior redacción, § 315 I del HGB en su nueva versión) resulta inadmisible en el Derecho Penal, en concreto, por desembocar en una analogía prohibida. En el denominado caso de los colorantes derivados del alquitrán, la BGHSt 24, p. 54 y ss., ha rechazado expresamente la ampliación del concepto civil de contrato (en el sentido de considerar incluido en él al mero pacto de caballeros en el § 1 del GWB) en el marco del correspondiente tipo contravencional (§ 38 I n. 1 del GWB). Del mismo modo, ha señalado Fischer que dejar en blanco las cargas tributarias previas de la sociedad de responsabilidad limitada derivadas de los gastos fundacionales, tomada en consideración por BGHZ 80, p. 129 y ss., no resulta (aún) aplicable en el Derecho Penal de las sociedades de responsabilidad limitada, dada la inseguridad y novedad de esta interpretación (Scholz/Fischer, *GmbHG*, 10. ed., 1983, § 82 n.m. 2). Vid. también, en suma, al respecto Raisch, *op. cit.*, así como Schulze-Osterloh, *op. cit.*, con más ejemplos.

(...)

D. Error sobre cuestiones de Derecho

I. Como representaciones equivocadas (o ausencias de representación) acerca de la situación jurídica, los errores de Derecho –realmente existentes o

pretextados– son frecuentes en el Derecho Penal económico. Con todo, se trata por lo general no tanto de errores atinentes a elementos y circunstancias formulados en el propio tipo penal o contravencional, como, más bien, de errores referidos a las *normas de complemento* extrapenales (de orden económico) presupuestas por estos tipos.

En este sentido, los tipos penales o contravencionales pueden estar configurados como *leyes en blanco* (p. ej., los §§ 323 y 329 del StGB, los 34 y 33 I n. 1 de la AWG o el 3 de la WiStG) o bien contener conceptos jurídicos normativos que remiten a complejos regulativos extrapenales (p. ej., el término "ajeno" en los §§ 242 y 246 o el de "masa de la quiebra" en el § 283 I n. 1 del StGB).

No va a examinarse en lo que sigue la cuestión –procesal– de la prueba: cuándo resulta digna de crédito la alegación de un tal error de Derecho por parte del inculpado; además, esto dependerá en general del grado de complejidad jurídica de la norma en cuestión, de la preparación y experiencia del autor y de su especialización profesional y comercial. Únicamente va a discutirse aquí el problema del tratamiento que debe dispensarse, según el Derecho Penal y el Derecho de las Contravenciones vigente, a un error de Derecho habido o (conforme al principio *in dubio pro reo)* tenido por tal.

II. La regulación jurídica del error halla acomodo en los §§ 16 y 17 del StGB y 11 de la OWiG. La regulación para las contravenciones coincide sustancialmente con la prevista para las infracciones penales; el § 11 de la OWiG sólo se diferencia, en su apartado II, del § 17 del StGB en que no se refiere al conocimiento de "estar obrando antijurídicamente" (en estos términos se expresa el § 17 del StGB), sino al hecho de que, al realizar la acción, desconozca el autor "estar haciendo algo no permitido, por ignorar, en concreto, la existencia o la aplicabilidad de una disposición jurídica". Con ello se está sugiriendo que en el Derecho de las Contravenciones se trata no tanto de un injusto "natural" como de vulneraciones, en gran medida neutrales desde una óptica valorativa (o ayunas de valoración), de preceptos dictados bajo consideraciones de oportunidad (¡y que no pocas veces pudieran tener además un contenido diferente o incluso opuesto!). Las regulaciones especiales sobre el error, que fueran frecuentes en el antiguo Derecho Penal accesorio, se encuentran derogadas desde hace tiempo. En particular, los §§ 16 y 17 del StGB rigen también para los tipos penales regulados extramuros del StGB (art. 1 EGStGB).

III. Los referidos preceptos sobre el error no parten de la distinción naturalística entre hecho y Derecho, como hiciera la jurisprudencia del RG, sino que toman por base la diferenciación sistemática entre tipo y prohibición (antijuridicidad): el error sobre circunstancias pertenecientes al tipo legal, como "error de tipo", excluye el dolo, independientemente de la culpabilidad del autor. El error sobre cuestiones relativas a la antijuridicidad, y especialmente el error sobre la existencia o aplicabilidad de una prohibición (o de un mandato), elimina, en cambio, la conciencia de la antijuridicidad, y con ello la culpabilidad, sólo cuando el autor no pudo evitar el "error de prohibición"; en caso de evitabilidad, la sanción puede

resultar atenuada únicamente a criterio del tribunal (§ 17, segundo inciso, del StGB). El error de tipo representa por tanto una considerable disculpa para el autor, el cual sólo puede ser castigado en esta clase de error si actúa con imprudencia y la comisión imprudente del hecho se halla conminada con pena o con multa administrativa (§ 16 I, segundo inciso, del StGB y § 11 I, segundo inciso, de la OWiG). Por el contrario, la "imprudencia de Derecho" que tiene lugar en el error de prohibición produce, aún en el marco del delito doloso, efectos gravosos para el autor: en caso de desconocimiento imprudente del Derecho, el autor continúa siendo castigado a partir del delito doloso. Este contraste entre el error de tipo y el de prohibición se ve aún más acentuado por parte de la jurisprudencia, que, en la evitabilidad del error de prohibición, esto es, en la "imprudencia de Derecho", se muestra extremadamente exigente, en una medida muy superior a la que mantiene en la imprudencia de hecho (BGHSt 4, 243; 21, 20 y s.). De ahí que en la práctica el error de prohibición no "sirva" normalmente para nada – a menos que el autor haya recibido de buena fe consejos jurídicos incorrectos de parte de un abogado o de un notario serios (¡siempre que haya habido una exposición correcta de la situación!) (cfr. KG, *JR*, 1977, p. 379 y ss., con comentario de Rudolphi). La *delimitación* entre el error de tipo y el de prohibición reviste, por consiguiente, una enorme importancia.

Esta delimitación es en principio inequívoca, puesto que la distinción entre acción o descripción de la acción (tipo) y el mandato o la prohibición de actuar resulta por lógica perfectamente practicable: la antijuridicidad (la contrariedad a la prohibición o al mandato) representa la valoración de la acción; la acción constituye, en cambio, el objeto de la valoración. De esta suerte, de la misma manera que el desconocimiento de las circunstancias del hecho es constitutivo de un error de tipo, el error sobre el mandato normativo dirigido al potencial autor supone obviamente un error de prohibición. Esta diferenciación, en principio evidente (sobre sus fundamentos, BGHSt 2, p. 196 y ss.), se complica, sin embargo, en numerosos extremos, la mayoría de los cuales resulta precisamente relevante para el Derecho Penal económico y tributario, así como para el Derecho de las Contravenciones.

1. *Los errores de Derecho en el ámbito del tipo* constituyen básicamente, sin duda, errores de tipo. Sin embargo, pueden ser constitutivos, como el llamado error de subsunción, de un mero error de prohibición, o incluso resultar del todo irrelevantes –como el error sobre la punibilidad– (en caso de pleno conocimiento de la prohibición, el error sobre el refuerzo penal, en su calidad de "error sobre la punibilidad", esto es, como error sobre la consecuencia jurídica, resulta irrelevante según opinión generalizada; vid. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 294, con referencias). Esta diferenciación deviene especialmente significativa para los *elementos normativos del tipo*. Respecto a ellos, es suficiente con que el dolo abarque –a la manera del profano– el significado social del término en cuestión (la denominada valoración paralela en la esfera del profano; cfr. BGHSt 3, p. 255 y ss.); no incumbe al autor la correcta subsunción jurídica. Sin embargo, resulta a menudo incierto cuándo, en este

sentido, concurre realmente el conocimiento de la significación y cuándo éste falta. La jurisprudencia propende a equiparar el conocimiento de la significación con el *conocimiento de los hechos*, de manera que por lo que respecta, por ejemplo, al § 302 a del StGB, habrá que apreciar el dolo del usurero en tanto el autor conozca los hechos de los que se infiere que la prestación y contraprestación se encuentran "en una desproporción palmaria" (cfr. Dreher/Tröndle, *StGB*, § 302 a n.m. 32, con referencias). Esta tendencia jurisprudencial resulta desacertada y tampoco es sostenida por la judicatura con carácter general, sino que, por ejemplo, BGH, *MDR*, 1981, p. 501 y s. (con comentario de Schlüchter), respecto al § 283 I n. 2 del StGB, exige atinadamente una apreciación *en passant* por parte del autor de que su proceder resulta "antieconómico" (de acuerdo Tiedemann, en *LK*, § 283 nn.mm. 184 y ss., n.m. 187). También reconoce la jurisprudencia desde hace tiempo que el error sobre la ajenidad de una cosa en el hurto y en la apropiación indebida (§§ 242 y 246 del StGB) no se limita al conocimiento de los hechos, sino que exige el conocimiento del Derecho o el conocimiento del resultado jurídicamente correcto (vid. BGHSt 3, p. 255 y ss.; BayObLGSt 73, p. 15 y ss.). Del mismo modo, incluye la jurisprudencia en el dolo el conocimiento de la contrariedad a deber en la malversación (§ 266 del StGB) (BGHSt 3, p. 24 y ss., y *Wistra*, 1987, p. 337 y ss.). Además, parte la jurisprudencia de que la antijuridicidad del enriquecimiento pretendido por el autor en la estafa (§ 263 del StGB) debe ser abarcada por el dolo (BGHSt 3, p. 123 y ss., y *NJW*, 1986, p. 1.623 y ss.), de manera que éste falta si el autor cree erróneamente tener un derecho al beneficio patrimonial. Igualmente, por lo que atañe al elemento típico "falso" o "incorrecto", debe conocer el autor que está proporcionando datos de contenido inveraz para poder ser castigado por estafa o falso testimonio (§§ 153 y ss. del StGB) (Dreher/Tröndle, loc. cit., § 263 n.m. 40, y § 153 n.m. 5). Análogamente, la punibilidad de manifestaciones "incompletas" en la estafa y sus formas especiales (§§ 264, 264a y 265b del StGB) se vincula a la necesidad de que el autor advierta que su manifestación es incompleta; esto exigirá, por regla general, que sepa además cómo es una manifestación completa. BayObLG, *Wistra*, 1987, p. 191 y ss., lo pone acertadamente de relieve para el § 82 I n. 1 de la GmbHG en un caso en el que el socio desconocía, al efectuar su imposición, que un ingreso no en efectivo en la cuenta del administrador de la sociedad de responsabilidad limitada únicamente puede ser considerado aportación de capital si aquélla indica expresamente la condición orgánica del administrador. Esta constatación puede ser generalizada en el sentido que, en los delitos de falsedad y estafa, el autor, para poder ser castigado por comisión dolosa, tenga que conocer el criterio de lo debido (vid. para los fraudes alimentarios BGH, *GA*, 1962, p. 25 y ss., y, con carácter general, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 317, así como en *Wirtschaftsstrafrecht*, vol. I, p. 201 y s.). De forma resumida, en los elementos normativos del tipo, para actuar dolosamente, el autor debe llevar a cabo la correcta valoración a la manera del profano –en el conocimiento de los hechos– o bien comprender el correcto resultado de la valoración –aun sin conocimiento de los hechos y sin valoración propia– (vid. de nuevo BGHSt 3, p. 255 y ss.).

2. En el conocimiento de la significación a la manera del profano, la incorrecta subsunción del hecho por parte del autor puede llevarle, asimismo, a tenerlo por permitido (no prohibido). El *error de subsunción* es constitutivo entonces de un *error de prohibición* con arreglo al § 17 del StGB (vid. BGHSt 4, p. 347 y ss., para la reconvención de la práctica de una institución crediticia de financiar operaciones a plazos sin la debida autorización; BGHSt 9, p. 164 y ss., para la así llamada adulteración en la elaboración del vino). En este caso el autor restringe erróneamente el ámbito de la norma, desconociendo, como consecuencia, la ilicitud de su acción. No obstante, resulta difícil su delimitación no sólo respecto al error de tipo excluyente del dolo, sino especialmente también en relación con el error irrelevante sobre la punibilidad, al que ya se ha aludido en el epígrafe precedente (cfr. BGH, *NJW*, 1967, p. 1.765 y ss.). Pero igualmente la creencia errónea de que un mandato o una prohibición no sea válido –p. ej., a causa de la vulneración de una norma de rango superior, especialmente la Constitución– entraña un error de prohibición (BGHSt 4, p. 3 y s.). También este *error sobre la validez* significa que el autor ignora la existencia del mandato o prohibición jurídicos.

3. Además de esto, causa problemas a la teoría del error la diferenciación entre elementos normativos del tipo y *leyes penales en blanco*, las cuales se completan mediante actos no judiciales. Mientras para los primeros reconoce la jurisprudencia, cuando menos en principio, que el dolo debe abarcar al elemento en su núcleo significativo (vid. *supra* 1), procede a leer de forma conjunta los tipos en blanco y sus correspondientes normas de complemento, viendo en ello un mero expediente técnico irrelevante para el dolo y el error del autor. Mediante esta "lectura conjunta", el tipo penal no permite advertir referencia alguna a normas extrapenales, de manera que en buena medida deviene descriptivo. Con esta técnica no queda en la práctica espacio alguno para los errores de prohibición. Tomando como ejemplo la omisión o el retraso en la elaboración del balance, eso significa que el elemento típico "en el plazo prescrito" de los §§ 283 I n. 7 b y 283b I n. 3, en el caso de una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada, sería sustituido por el plazo mencionado en el § 264 I del HGB, con la consecuencia de que, para el consejo o el administrador de la sociedad, el tipo penal rezaría: "Será castigado quien (en una situación de crisis empresarial) omita confeccionar dentro de los tres primeros meses del ejercicio el balance patrimonial correspondiente al ejercicio anterior". No obstante, este plazo para la realización del balance se refiere únicamente a las cuentas anuales y, además, no concierne a las pequeñas sociedades de capital, las cuales, con arreglo a los §§ 267 I y 264 I del HGB, pueden confeccionarlo incluso con posterioridad "si ello se corresponde con una gestión ordenada" (aunque, a lo más tardar, dentro de los primeros seis meses del ejercicio). Para el comerciante particular el § 243 III del HGB alude exclusivamente a la obligación de elaborar las cuentas anuales "dentro del plazo que se corresponde con una gestión ordenada". Si se añade a esto la jurisprudencia (anterior), según la cual pueden acortarse aún más estos plazos en una situación de crisis empresarial (BVerfGE, 48, 60 y s.), se evidencia que la en apariencia meramente técnica "lectura conjunta" de la norma de prohibición y la norma de comple-

mento suponen ya, en realidad, una interpretación de la norma: el tipo penal del § 283 b I 3 b del StGB, en cuanto a su contenido, reza para el comerciante particular algo *diferente* que para una sociedad de responsabilidad limitada, y para ésta, a su vez, cosas distintas en función de su tamaño. ¡Para el comerciante particular el tipo penal es normativo, para la sociedad de responsabilidad limitada vinculada a un deber de publicidad, por contra, descriptivo! ¡Y para el § 283 I n. 7 b del StGB, por tanto en una situación de crisis empresarial, el tipo penal, que formalmente coincide del todo en su tenor literal con el § 283 b del StGB, deviene de nuevo normativo! La doctrina mayoritaria hace caso omiso de este cambio continuo cuando declara irrelevante para su contenido "la lectura conjunta" de las leyes penales abiertas: el "tipo" así construido no es precisamente idéntico al abstracto tipo legal, sino un producto final de la *aplicación del Derecho* (Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 353 y s.). Ahora bien, respecto a los elementos normativos del tipo –como, p. ej., el término "ajeno" de los §§ 242 y 246 del StGB– la doctrina mayoritaria exige que la aplicación del Derecho deba ser asumida o bien correctamente comprendida en su resultado por el autor (vid. *supra* 1). No explica la doctrina mayoritaria por qué tiene esto que ser completamente distinto para los elementos en blanco ni por qué el error sobre la existencia y el contenido de los actos normativos extrapenales no debe fundamentar en ningún caso un error de tipo, sino únicamente un error de prohibición (crítico por eso ya, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 387 y ss.). No pocas veces, por cierto, habla la doctrina mayoritaria de tipos en blanco, tratándolos, sin embargo, como elementos normativos del tipo en la teoría del dolo y del error (así, la opinión absolutamente preponderante respecto a los §§ 370 y 378 de la AO; vid. sólo BGHSt 5, 92; Tiedemann, *ZStW* 81 [1969], p. 869 y ss.). El uso del lenguaje y la resolución de los problemas resultan en buena medida, por tanto, arbitrarios. En principio, únicamente son, además, claramente diferenciables los elementos normativos del tipo y las leyes penales en blanco si se atiende al hecho de que el tipo penal contenga una tipificación suficiente de la acción y del injusto o a que aquélla se infiera tan sólo de la "lectura conjunta" con las normas de complemento (Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 89 y ss., con referencias). Según esta clasificación los tipos de los §§ 370 y 378 de la AO no son precisamente leyes en blanco, sino tipos penales ordinarios con elementos normativos que remiten al Derecho Tributario (Dannecker, *Steuerhinterziehung im internationalen Wirtschaftsverkehr*, 1984, p. 189 y ss.; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 324 y ss.).

Por otra parte, en el caso de tipos penales valorativamente neutros (o faltos de valoración) del Derecho Penal accesorio y tipos contravencionales, la doctrina incluye a menudo en el tipo el abstracto mandato jurídico o la prohibición, puesto que y en tanto que el tipo penal o el tipo contravencional describen actividades socialmente adecuadas, de modo que sin el mandato o la prohibición jurídicos no contienen tipificación alguna del injusto (vid. por todos Bockelmann/Volk, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 76 y s.; Tiedemann, *ZStW*, loc. cit., p. 876 y s., con ulteriores referencias). Por más que el tenor literal del § 11 II OWiG se oponga ya en el Derecho de las Contravenciones a una generalización de esta

interpretación (cfr. ya BGHSt 9, p. 362 y ss.), no es menos cierto que con frecuencia sólo el conocimiento positivo de normas valorativamente neutras o faltas de valoración (p. ej., la obligación de ceder el paso en el tráfico rodado) permite al autor advertir "qué está haciendo". Un nuevo punto de vista asume y fundamenta este resultado para las remisiones "dinámicas", las cuales no sólo describen el *status quo* extrapenal, sino que están sujetas a un complemento mutable y presentan por ello una estructura temporal singular (Kuhlen, *Unterscheidung von vorsatzausschlieBendem und nichtvorsatzausschlieBendem Irrtum*, p. 381 y ss.; cfr. también Schünemann, en *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 374 y ss.). A partir de aquí cabe afirmar que las remisiones dinámicas (al respecto, ya Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 243 y s.) no son sustituibles y que, por definición, quedan abiertas de cara al futuro. Sin embargo, queda sin resolver si esta diferenciación de configuración, jurídicamente relevante para el "tipo de garantía" en virtud del art. 103 II GG, resulta también cualitativamente significativa con relación al tipo de injusto y, con ello, para el dolo del autor.

4. El sistema de la doctrina del error, sólo claro en su punto de partida, todavía se enmaraña más al considerar la doctrina mayoritaria –como se ha indicado ya en el epígrafe anterior– que la suposición errónea de los presupuestos típicos de las causas de justificación, como "error de tipo permisivo", de conformidad con los §§ 16 del StGB y 11 I de la OWiG, excluye el dolo (la punibilidad o la sanción administrativa, respectivamente, por comisión dolosa), a pesar de que constituye en sí mismo un error sobre la antijuridicidad y, por consiguiente, un mero error de prohibición. La estrecha semejanza con el error de tipo se fundamenta, de este modo, en que en el error de tipo permisivo –p. ej., en la suposición errónea de una situación excepcional que justificaría con arreglo al § 34 del StGB un delito contra el medio ambiente–, el autor quiere comportarse conforme a Derecho y únicamente percibe de modo incorrecto la situación fáctica: él no sabe, como en el error de tipo, "qué hace", y por eso no yerra realmente sobre la valoración del hecho. Resulta discutible si esta analogía a favor del autor debe terciar tratándose de un error sobre las circunstancias del hecho o incluso de un error de Derecho sobre el "tipo" de las causas de justificación. La opinión probablemente predominante retrotrae la cuestión a la –en sí misma superada– distinción del Tribunal del Imperio entre hechos y Derecho, esto es, entre error intelectual (de conocimiento) y error moral (de valoración) (vid. Tiedemann, loc. cit., p. 309, con referencias). Solamente el error sobre la existencia y límites de las causas de justificación –p. ej., la suposición errónea de que el § 34 del StGB justificaría incluso, bajo consideraciones de mantenimiento de la empresa y de continuidad de la producción, daños corporales a los habitantes de la zona–, es unánimemente tratada de conformidad con lo dispuesto en los §§ 17 del StGB y 11 II de la OWiG, por tanto, como verdadero error de prohibición. En cualquier caso, el error sobre el acuerdo [*Einverständnis*] y el error sobre el consentimiento [*Einwilligung*] tienen por eso, en definitiva, las mismas consecuencias jurídicas: un administrador que cree erróneamente que los socios de una sociedad de responsabilidad limitada se muestran de acuerdo con sus

exagerados dispendios en publicidad (§ 266 del StGB), yerra sobre la contrariedad a deber de su acción y, por consiguiente, sobre un elemento del tipo; quien cree erróneamente que no ha caducado aún el permiso concedido por las autoridades administrativas competentes para un tratamiento de las aguas que puede resultar pernicioso (§ 324 del StGB), yerra sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. Ninguno de los dos casos puede ser castigado por comisión dolosa. Por contra, existe error de prohibición cuando el autor cree que el impago de las cotizaciones de los trabajadores a la seguridad social (§ 266a I del StGB) se hallaría justificado por la conformidad del trabajador con el pago del salario neto o cuando supone que el consentimiento (u orden) del socio justificaría la omisión de presentar la solicitud de la declaración de quiebra o de la conciliación con arreglo al § 84 I 2 de la GmbHG.

5. Por último, también por lo que respecta al autor que yerra sobre cuestiones de Derecho no a su favor, sino en su contra, sólo resulta pacífico el punto de partida: si el error se da en el ámbito del tipo, la suposición errónea de elementos del tipo fundamenta la punibilidad, como "error inverso de tipo", por tentativa inidónea (en tanto sea punible la tentativa; vid. los §§ 23 I del StGB y 13 II de la OWiG). Por contra, creer erróneamente antijurídico un comportamiento que resulta, en realidad, ajustado a Derecho es impune, como *delito putativo* ("error inverso de prohibición"). Sin embargo, no todo error de Derecho perjudicial para el reo en el ámbito del tipo fundamenta en modo alguno una punibilidad por tentativa, puesto que, a la inversa, tampoco el así llamado error de subsunción sobre elementos del tipo resulta (en general) apropiado para hacer desaparecer el dolo (vid. *supra* 1 y 2). Más bien, eso depende de si el autor tan sólo amplía en exceso el ámbito de protección penal (entonces, delito putativo impune) o de si supone erróneamente elementos que fundamentarían la tipicidad (en ese caso, tentativa inidónea; vid. BGHSt 13, p. 239 y ss.). Esta difícil delimitación no es aplicada de modo uniforme por la jurisprudencia (referencias en Schönke/Schröder/Eser, § 22 n.m. 90) y se vería notablemente simplificada si se tratara todo error de Derecho en perjuicio del autor como delito putativo (así Burkhardt, *JZ*, 1981, p. 683 y ss.; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 89, con ulteriores referencias). Con ello, no obstante, la zona de impunidad se vería considerablemente ampliada respecto de la propugnada por la doctrina mayoritaria y, sobre todo, por la judicatura (vid. sólo Schlüchter, *JuS*, 1985, p. 528 y s., con referencias). También para el error sobre la idoneidad del autor (en los delitos especiales) la doctrina absolutamente mayoritaria se vale de la distinción entre error de hecho y error de Derecho (Vogler, en *LK*, § 22 nn.mm. 154 y ss., con referencias). En este sentido, trata asimismo BGH, *JZ*, 1979, p. 75 y ss., como tentativa punible la suposición errónea de la situación de crisis en el § 283 del StGB (con lo cual la situación de crisis contribuye al mismo tiempo a la descripción del círculo de sujetos idóneos, convirtiendo el tipo, por tanto, en delito especial). Ello no está exento de críticas, puesto que el autor también supone aquí erróneamente deberes especiales; por tanto sucumbe a un error inverso sobre la norma (Tiedemann, *NJW*, 1979, p. 254, y en *LK* § 283 nm. 193, con ulteriores referencias).

6. Finalmente, pueden también coincidir un error de tipo y un error de prohibición. Los siguientes ejemplos pretenden mostrar cómo debe tratarse un *doble error* de esta índole. Para su tratamiento jurídico debe tenerse en cuenta que hay que tomar siempre por base el estado de cosas (erróneamente) supuesto por el autor (§ 16 del StGB):

a) El administrador de una pequeña sociedad de responsabilidad limitada desconoce imprudentemente una insolvencia inminente y omite realizar el balance prescrito por razón de la situación de crisis a 31 de marzo, porque parte del plazo más amplio para presentarlo, establecido en el § 264 I, tercer inciso, del HGB, para pequeñas sociedades de capital. El desconocimiento de la inminente situación de insolvencia disculpa al autor según lo dispuesto en el § 16 I, primer inciso, del StGB; concurre un error de tipo que, con arreglo al segundo inciso del § 16 I, conduce a la punibilidad por comisión imprudente conforme a lo dispuesto en el primer inciso del § 283 IV. Por el contrario, el desconocimiento de los plazos exactos para presentar el balance es constitutivo, según la jurisprudencia, de un error de prohibición (BGH, *NJW*, 1981, p. 355 y ss.; de otra opinión, Dreher/Tröndle, *op. cit.*, § 283 n.m. 33, y Tiedemann, en *LK*, § 283 n.m. 183: error de tipo). Éste se basa en que el administrador, a causa del desconocimiento de la situación de crisis empresarial, pasa por alto el acortamiento de los plazos legales ordinarios para la elaboración del balance. Esto no elimina, con todo, la relevancia del error de tipo, que aquí, por consiguiente, "prevalece".

b) El administrador de una sociedad de responsabilidad limitada omite, tras una conversación con los socios, elaborar el balance a 30 de junio, por entender equivocadamente que éstos le indicaron que elaborara el balance sólo a principios de otoño, conforme a la praxis de la administración tributaria. Aquí, el administrador supone erróneamente los presupuestos de una causa de justificación, de manera que el dolo, con arreglo a lo dispuesto en el § 16, parece no concurrir. Al mismo tiempo, concurre aquí un error de prohibición, ya que el administrador considera erróneamente justificada la omisión. Finalmente se aplica sólo este error de prohibición, habida cuenta de que el autor, incluso habiendo tomado por base su falsa representación del estado de cosas, hubiera debido efectuar, en cualquier caso, el balance a 30 de junio: ni siquiera una orden realmente cursada por los socios hubiera podido justificar la omisión. El administrador puede seguir siendo castigado, por consiguiente, conforme al § 283 I (n. 7 b) con la posibilidad de ver atenuada su pena según lo dispuesto en el § 17 del StGB. Aquí, por consiguiente, prevalece el error de prohibición.

c) El administrador omite la confección del balance a 31 de marzo porque, a pesar de creer sin motivo que existe una crisis de la empresa, considera, no obstante, suficiente la elaboración del balance a 30 de junio. Aquí, la suposición errónea de una crisis de la empresa fundamenta, según la BGH, *JZ*, 1979, p. 75 y ss., una tentativa inidónea del § 283 I (de otra opinión, Tiedemann, *op. cit.*: delito putativo). Sin embargo, el plazo para la elaboración del balance expira objetivamente sólo el 30 de junio. El desconocimiento de que, para tal situación, el balance debe

realizarse en un plazo más breve constituye, según la jurisprudencia citada en a), un mero error de prohibición. Con base en la BGH, *JZ*, 1979, p. 75 y ss., la jurisprudencia probablemente castigaría por tentativa inidónea de omisión en la elaboración del balance (¡discutible!). En este caso, por tanto, prevalece de nuevo el error (inverso) de tipo.

Bibliografía

SOBRE EL APARTADO A: Bullinger, *Die Selbstermächtigung zum ErlaB von Rechtsvorschriften*, 1958; Karpen, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, 1970; Kast, "Zur Ausgestaltung von Straf-und BuBgeldvorschriften Im Nebenstrafrecht", Suplemento n. 42 al *BAnz.*, 1983; Lohberger, *Blankettstrafrecht und Grundgesetz*, tesis doct., Munich, 1968; Neumann, *Das Blankostrafgesetz*, 1908; Ossenbühl, "Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzestechnik", *DVBI.*, 1967, p. 401 y ss.; Schünemann, "Die Regeln der Technik im Strafrecht", en *Lackner-Festschrift*, 1987, p. 367 y ss. [existe versión castellana con el título "Las reglas de la técnica en derecho penal", *en ADPCP*, 1994-III, p. 307-341, a cargo de Manuel Cancio Meliá y Mercedes Pérez Manzano]; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969; Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht*, 1985; Warda, *Die Abgrenzung von Tatbestands-und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955; Weidenbach, *Die verfassungsrechtliche Problematik der Biankettstrafgesetze*, tesis doct., Tubinga, 1965; Winkelbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, 1985.

SOBRE EL APARTADO B: de Boor/Pfeiffer/Schünemann (ed.), *Parteispendenproblematik*, 1986; Felix, "Uber intertemporales Strafrecht zum Mildegebot im Steuerstrafrecht", en Boor/Pfeiffer/Schünemann, *Steuerstrafrechtliche Perspektiven der Parteispenden*, 1984, p. 25 y ss.; Flämig, *Steuerrecht als Dauerrecht*, 1985; Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983 [existe versión castellana de la 2. ed. –1991– con el título *Derecho penal. Parte general*, 2. ed., Madrid, 1997, a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo]; Rüping, "Blankettnormen als Zeitgesetze", *NStZ*, 1984, p. 450 y ss.; Schroeder, "Der zeitliche Geitungsbereich der Strafgesetze", *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 785 y ss.; Sommer, *Das mildeste Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB*, 1979; Tiedemann, *Tatbestandstunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969; *idem*, "Zeitliche Grenzen des Strafrechts", *Festschrift für Karl Peters*, 1974, p. 193 y ss.; Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht, dargestelit am Beispiel der Abzugsfähigkeit von Parteispenden*, 1985.

SOBRE EL APARTADO C: Schulze-Osterloh, "Unbestimmtes Steuerrecht und strafrechtlicher Bestimmheitsgrundsatz", en Kohlmann (ed.), *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, 1983, p. 43 y ss.; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969; *idem*, "Zeitliche Grenzen des Strafrechts", *Festschrift für Karl Peters*, 1974, p. 193 y ss.; *idem*, *Wirtschaftsstrafrecht I*, 1976.

SOBRE EL APARTADO D: Burkhardt, "Rechtsirrtum und Wahndelikt", *JZ*, 1981, p. 681 y ss.; Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatzausschlieBendem und nichtvorsatzausschlieBendem Irrtum*, 1987; Maiwald, *Unrechtskentnnus und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, 1984; J. Meyer, "Verbotsirrtum und Ordnungswidrigkeitenrecht", *JuS* 1983, p. 513 y ss.; Nierwetberg, "Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum – Tatbestands – oder Rechtsirrtum, Wahndolikt oder untauglicher Versuch?", *Jura*, 1985,

p. 238 y ss.; Schlüchter, *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983; *eadem*, "Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht", *Wistra*, 1985, p. 43 y ss.; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969; *idem*, "Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten-und Steuerstrafrecht", *ZStW* 81 (1969), p. 869 y ss.; Warda, *Die Abgrenzung von Tatbestands-und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955.

ABREVIATURAS UTILIZADAS por orden alfabético (en bastardilla las referidas a publicaciones):

AHKG: Gesetz der Alliierten Hohen Komission (Ley de la Alta Comisión de las fuerzas aliadas); AktG: Aktiengesetz (Ley de Sociedades por Acciones); AO: Abgabenordnung (Ordenanza tributaria); AWG: AuBenwirtschaftsgesetz (Ley de Comercio Exterior); *BAnz.: Bundesanzeiger*; BayObLGSt: Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Stralsachen (Resoluciones del Tribunal Supremo del Estado de Baviera en causas penales –colección oficial–); BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil); BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal); BGHSt: Entscheidungen des Bundesgerichtshols in Stralsachen (Resoluciones del Tribunal Supremo Federal en causas penales –colección oficial–); BGHZ: Entscheidungen des Bundesgerichtshols in Zivilsachen (Resoluciones del Tribunal Supremo Federal en causas civiles –colección oficial–); BVerfG: Bundesvertassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal); BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal – colección oficial–); *DAWR: Deulsche AuBenwirtschafts–Rundschau*; *DVBI.: Deutsches Verwaftungsblatt*; EGStGB: Einführungsgeselz zum Strafgesetzbuch (Ley de Introducción al Código Penal); EStG: Einkommensteuergesetz (Ley del Impuesto sobre la Renta); *GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht*; GG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal Alemana); GmbHG: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschrãnkler Haftung (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); GWB: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrãnkungen (Ley contra las limitaciones en la competencia); HGB: Handelsgesetzbuchi (Código de Comercio); *JMBINRW: Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen*; *Jura: Juristische Ausbildung*; *JR: Juristische Rundschau*; *JuS: Juristische Schulung*; *JZ: Juristenzeitung*; KG: Kammergericht (Tribunal Supremo del Estado Federado de Berlín); *KK-OWiG: Karlsruhe Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*; KStG: Körperschaftssteuergesetz (Ley del Impuesto de Sociedades); LG: Landgericht (Tribunal de un Estado Federado); *LK: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*; *MDR: Monatschrift für Deutsches Recht*; MRG: Militärregierungsgesetz (Ley del Gobierno Militar); *NJW: Neue Juristische Wochenschrift*; *NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht*; OLG: Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Estado Federado): OWiG: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley sobre Contravenciones); RG: Reichsgericht (Tribunal Supremo del Imperio); StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal); WiStG: Wirtschaftsstrafgesetz/ Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Ley del Derecho Penal Económico/Ley para una Nueva Simplificación del Derecho Penal Económico); *Wistra: Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht*; *ZHR: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschafts-recht*; *ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* [N. del T.].

1.4

TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS: "ETAPAS DE UM CAMINHO" OU "ASTROS EM CONSTELAÇÃO"? (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma)*

PEDRO CAEIRO

SUMÁRIO: 1. Introdução: os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, os Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia e para o Ruanda e o Tribunal Penal Internacional (Permanente) – 2. Processo de instituição e de legitimação dos tribunais e pressupostos de jurisdição: análise comparativa: 2.1 Processo de instituição e de legitimação dos tribunais; 2.2 Pressupostos de jurisdição – 3. Conclusões.

Resumo: O presente texto procede a uma análise dos Tribunais Penais Internacionais no plano da sua legitimação e dos pressupostos das respectivas jurisdições, colocando-os no específico contexto histórico que lhes deu origem. Sem esquecer as imperfeições de que padecem, resultantes da cláusula do "politicamente possível", o autor conclui que cada Tribunal Internacional Penal procura dar resposta às exigências específicas da sua época histórica, constituindo a menos má das alternativas para alcançar o objectivo principal de uma jurisdição penal internacional: o controle jurídico da força na reacção aos crimes mais graves contra o direito internacional.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional – Tribunal de Nuremberga – Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* – Jurisdição internacional penal.

1. Introdução: os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, os Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia e para o Ruanda e o Tribunal Penal Internacional (Permanente)

Em 1998, Benjamin Ferencz proferiu uma palestra que tinha por título "From Nuremberg to Rome".[1]

(*) A Alberto Silva Franco: ao Jurista insigne e ao Fazedor de Amigos.

(1) O texto encontra-se disponível em <http://www.benferencz.org/bonnlec2.htm>. B. Ferencz foi o Procurador americano no processo Einsatzgruppen em Nuremberga e é, desde então, um dos mais notórios defensores da criação de um Tribunal Penal Internacional.

Esse título representa paradigmaticamente uma tendência de pensamento muito em voga, segundo a qual os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, os Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia (TPIAJ) e para o Ruanda (TPIR) e o Tribunal Permanente criado em Roma (TPI) seriam *etapas de um caminho*, versões sucessivamente mais perfeitas de um modelo abstracto de jurisdição internacional em matéria penal que teriam culminado com o Estatuto de Roma.

Mas a ideia de "caminho", ou "jornada", tem duas consequências que me parecem indesejáveis:

a) Por um lado, leva implícita a tese de que as críticas ao Estatuto de Roma desprezam os sucessos obtidos nas "etapas" precedentes e os esforços que em seguida se fizeram para conseguir o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional permanente.

b) Por outro lado, a ideia de que o caminho atingiu a sua "meta" induz um quase-dever de adesão ao Estatuto, porque o modelo proposto seria juridicamente correcto, ou, ao menos, muito aceitável quando comparado com as experiências anteriores.

Nas considerações seguintes, procurarei rebater aquelas duas perspectivas. Do meu ponto de vista, o TPI não deve valer pela herança que supostamente recebe e a conveniência da sua instituição não deve decidir-se apenas em virtude da sua maior ou menor perfeição jurídica.

Para ilustrar estas proposições, prefiro ver nos vários tribunais internacionais que se sucederam, em vez de "etapas de um caminho", "astros em constelação". É através dessa representação que tentarei defender duas teses, intimamente ligadas:

a) Tal como os astros, os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, o TPIAJ e o TPIR e o TPI são *corpos autónomos*, muito diferentes na génese, na estrutura e nos objectivos. As linhas que os unem não integram uma progressão subliminarmente inscrita na perfectibilidade da civilização; bem diversamente, são tão arbitrárias como as linhas com que fabricamos as constelações.

Claro que é legítimo recorrer a *comparações* para avaliar a bondade do Estatuto de Roma – e eu fá-lo-ei aqui. Mas o TPI há-de valer, ou não, por si próprio, e não como putativo herdeiro de instituições que, em dados momentos históricos, realizaram, melhor ou pior, as aspirações da comunidade internacional.

b) Tal como os astros, os tribunais internacionais não têm luz própria. Necessitam, para brilhar, da luz das estrelas.

E as estrelas, na comunidade internacional, são ainda – e é bom que assim seja – os Estados, sejam quais forem as variações modernas do conceito de soberania.[2]

(2) Sobre a crise actual do conceito de soberania, concluindo pela subsistência da sua operatividade, vd. Michael R. Fowler e Julie M. Bunck, *Law, power and the sovereign state. The evaluation and application of the concept of sovereignty*, 1996.

Os Estados, portanto, que cobram impostos e possuem exércitos, é que são a voz legítima dos povos na cena internacional.

Tentarei mostrar que a irrecusável dependência política dos tribunais internacionais em relação aos Estados não é necessariamente negativa, nem mancha definitivamente o manto púrpura da Justiça. Isso desde que não se tente resolver a quadratura do círculo, espartilhando a jurisdição internacional penal no mesmo exacto esquema de princípios e dogmas que regem o direito penal interno. A consciência de que se trata de um fenómeno muito diverso da administração da justiça estadual leva a que o problema se ponha apenas em saber se o politicamente possível é ainda juridicamente admissível.

Para defender estas duas teses, centrar-me-ei nos aspectos que são as pedras angulares de todos os tribunais internacionais: o processo da sua instituição e legitimação e os pressupostos do exercício das suas jurisdições.

Na conclusão, afirmarei que o Estatuto de Roma tem deficiências sérias, dificilmente aceitáveis à luz de uma racionalidade puramente jurídica: todas elas são fruto de arranjos políticos. Mas direi também que é precisamente essa inarredável dimensão política do problema que aconselha à criação de um Tribunal Permanente como *último instrumento de controle do exercício do poder e da força na reacção aos crimes mais graves contra o direito internacional.*[3]

2. Processo de instituição e de legitimação dos tribunais e pressupostos de jurisdição: análise comparativa

2.1 Processo de instituição e de legitimação dos tribunais

O processo de instituição e a base de legitimação do Estatuto de Roma têm um mérito infinitamente superior aos que deram origem aos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, ao TPIAJ e ao TPIR.

Pela primeira vez na história, a instituição e o funcionamento efectivo de um tribunal internacional não são fruto da supremacia militar das entidades instituintes.

Na verdade, o exílio de Napoleão em Santa Helena, o refúgio de Guilherme II na Holanda e as penas simbólicas decretadas pelo Tribunal de Leipzig no fim da I Guerra, bem como a farsa do Tribunal de Constantinopla, destinado a julgar os Jovens Turcos responsáveis pelo genocídio do povo arménio, só foram possíveis porque os Estados que quiseram, em cada um desses momentos, a via da justiça penal, não dispunham do poderio militar necessário para executar a tarefa.

Da mesma maneira, na outra face da moeda, os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, o TPIAJ e o TPIR só foram possíveis, respectivamente, graças à su-

(3) Nesta parte, seguirei de muito perto o raciocínio desenvolvido por Gary J. Bass, *Stay the hand of vengeance*, 2000.

premacia militar das potências aliadas e das forças patrocinadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.[4]

A força política do Tribunal de Nuremberga foi também a sua fraqueza jurídica. A escassa legitimidade de que se revestia (criado pelas Nações Aliadas e composto por juízes exclusivamente provindos das quatro potências) foi implicitamente reconhecida pelo Procurador americano Justice Robert Jackson ao afirmar: "embora esta lei seja primeiramente aplicada aos agressores alemães, a lei inclui – e, se quiser servir um propósito útil, tem de condenar – a agressão praticada por qualquer outra nação, incluindo as que agora presidem a este julgamento". Quer dizer: Jackson admitia que sobre a legitimação do tribunal , enquanto *acto revolucionário*, impendia a hipoteca da instauração efectiva, no futuro, de uma jurisdição internacional penal, de vocação universal.

Essa legitimação, infelizmente, não teve lugar: pense-se nos crimes cometidos por elementos das mesmas potências aliadas, depois de 1945, na Argélia, na Hungria, no Viet-Nam, no Cambodja, no Afeganistão, no interior da própria União Soviética e no Panamá. A que se somam os crimes cometidos por cidadãos de outros Estados contra tibetanos, palestinianos, curdos e timorenses.

E a história repete-se sempre.

É, no mínimo, vexatório que, meio século depois de Nuremberga, o primeiro Procurador do TPIAJ, Richard Goldstone, ao ser questionado pelo Ministro da Justiça sérvio sobre a razão da não instituição de tribunais internacionais para o Cambodja e para o Iraque, tenha respondido que "a comunidade internacional tem de começar por algum lado; mas se não vier a existir um seguimento, e se, no futuro, outras situações equivalentes não vierem a ser tratadas analogamente, então o povo da Jugoslávia poderá alegar justificadamente uma discriminação".[5]

Daqui tirarei a primeira conclusão.

Basta de agenciar como fundamento das condenações presentes, possíveis graças a certa *entente* política concreta, a *esperança* de que, no futuro, eventuais situações análogas venham a ser tratadas da mesma forma. Uma legitimação assente na cláusula *rebus sic stantibus* é um dos esquemas politicamente possíveis que considero juridicamente inadmissível.

Por outro lado, a instituição de um Tribunal *Permanente* através de uma resolução do Conselho de Segurança não só não era desejável, por fornecer uma base de legitimação muito diminuta, como era também juridicamente inadmissível.

Com efeito, a criação do TPIAJ e do TPIR não teve – não podia ter – como fim principal a administração da justiça internacional penal. Ela foi apenas um meio adequado para que o Conselho de Segurança pudesse cumprir a sua função de fazer cessar os conflitos e restabelecer a paz (e, no caso do Ruanda, propiciar

(4) Desenvolvidamente, Gary J. Bass, cit., p. 3 *et seq.* e passim.

(5) Richard J. Goldstone, *For humanity. Reflections of a war crimes investigator*, 2000, p. 122 *et seq.*

a "reconciliação nacional") em *situações concretas*.[6] Por isso, os Estados presentes na Conferência de Roma tiveram razão ao recusar a instituição do Tribunal Permanente através de uma resolução do Conselho de Segurança, porque as competências desse órgão, de facto, não o permitiriam.

Note-se que o interesse da análise da legitimidade do Conselho de Segurança para criar Tribunais Penais Internacionais não se encontra ultrapassado. Nada impede que o fenómeno se repita até à entrada em vigor do Estatuto de Roma, ou mesmo depois dessa data, se o Conselho de Segurança entender que o Tribunal Permanente não é suficiente, por qualquer motivo, para assegurar a paz em certo caso concreto e preferir, portanto, a criação de um tribunal *ad hoc* em vez de utilizar o mecanismo de impulso que o Estatuto de Roma prevê no seu art. 13.°, alínea *b)*.[7]

Concluindo este ponto: no plano do direito internacional, a legitimação do Tribunal Permanente não sofre contestação, sendo certo todavia que a forma convencional tem por consequência o facto de o Estatuto entrar em vigor apenas para os Estados Partes (excepto no caso de a sua jurisdição ser accionada pelo Conselho de Segurança em situações de ameaça para a paz, violação da paz ou acto de agressão).

Daqui decorre, é claro, uma fraqueza política do tribunal ; mas ela é, seguramente, uma das suas maiores forças jurídicas.

2.2 *Pressupostos de jurisdição*[8]

No plano dos pressupostos da jurisdição dos tribunais, julgo poder comprovar as duas teses que propus: diversidade estrutural dos fenómenos e profunda determinação política das regras que lhes presidem.

(6) Sobre o problema da legitimidade do Conselho de Segurança para criar tribunais *ad hoc* (em concreto: o TPIAJ), cf., com muito interesse, o acórdão do Tribunal de Segunda Instância (*Appeals Chamber*) do TPIAJ, de 02.10.1995 (processo Tadic), bem como a Declaração de voto do Juiz Sidhwa apensa ao mesmo acórdão (ambos os textos se encontram disponíveis em <http://www.icty.org>.

(7) Embora se conceda que, após a entrada em vigor do Estatuto, a situação normal seja que o Conselho de Segurança, ao tomar conhecimento da prática de crimes que caiam sob a jurisdição do Tribunal numa situação de ameaça para a paz, violação da paz ou acto de agressão, utilize o mecanismo de impulso da actividade do Tribunal que o Estatuto lhe confere no art. 13.°, alínea *b)*. Sobre uma eventual "dupla jurisdição internacional" concorrente, cf. Otto Triffterer, In: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 1999, p. 63 *et seq.*

(8) Como no presente estudo analiso os tribunais internacionais essencialmente através da sua dimensão *orgânica*, mais do que através da dimensão normativa do complexo de regras que lhes cabe aplicar, utilizo na secção seguinte, por simplificação, o conceito de jurisdição num sentido impróprio e muito amplo, que abrange a jurisdição pro-

A jurisdição do Tribunal de Nuremberga definia-se através de três elementos:

a) Um *elemento real-objectivo*: só caíam sob a jurisdição do tribunal os factos descritos no art. 6.º da Carta (agressão, genocídio etc.); este era o elemento que dava sentido à existência de uma jurisdição internacional, por se tratar de crimes contra o direito internacional.

b) Um *elemento pessoal-subjectivo*: a jurisdição do tribunal restringia-se aos factos praticados no interesse de um País do Eixo Europeu; este elemento permitia excluir liminarmente a análise da responsabilidade das forças aliadas, por factos eventualmente análogos aos que se encontravam em julgamento, nas chacinas de Hiroshima e Nagasaqui, na razia de Dresden, no massacre da floresta de Katyn etc.

c) E, enfim, um elemento implícito de *reserva de jurisdição* sobre os "major war criminals" (jurisdição especial), que permitia evitar que uma das potências pudesse julgar sozinha os principais responsáveis do Eixo e colher os inerentes louros perante a comunidade internacional.

O Tribunal de Tóquio apresentava também um exemplo claro de determinação política das regras de jurisdição. O Japão aceitou render-se na condição de o tribunal não vir a ter jurisdição sobre o Imperador Hirohito. Condição que foi aceita pelos aliados, que não estavam dispostos a prolongar o esforço de guerra com o único objectivo de julgar Hirohito.

Por sua vez, a jurisdição do TPIAJ, adaptada aos objectivos que presidiram à sua instituição, assenta nos seguintes pressupostos cumulativos:

a) Um *elemento real-objectivo*: o tribunal só tem jurisdição sobre os crimes incluídos no catálogo dos arts. 2.º e seguintes do Estatuto.

b) Um *elemento temporal*: só caem sob a jurisdição do tribunal os factos praticados a partir de 01.01.1991.

c) Um *elemento territorial*: o tribunal só tem jurisdição sobre os factos cometidos no território da antiga Jugoslávia.

d) A quarta nota importante da jurisdição do TPIAJ é o *princípio da primazia*. Dada a desconfiança política em relação à justiça administrada pelos tribunais estaduais naquele território, o princípio da primazia confere ao TPIAJ o direito de avocar um caso que esteja a ser por eles processado e, além disso, manda que se mantenha a jurisdição do tribunal internacional se os tribunais estaduais tiverem qualificado o crime como comum ou se houver suspeita de fraude judiciária.

A jurisdição do TPIR assenta em pressupostos semelhantes aos do TPIAJ: um *elemento real objectivo* (crimes elencados no Estatuto); um *elemento temporal* (factos praticados entre 01.01.1994 e 31 de dezembro do mesmo ano); um *elemento territorial* (factos praticados em território ruandês, independentemente da nacionalidade do agente); e, ainda, o *princípio da primazia*.

priamente dita, enquanto atributo do Tribunal (o direito de dizer o direito), e as regras de competência do sistema normativo do Estatuto, que cabe ao Tribunal aplicar.

Existe, porém, uma especificidade que, no contexto destas considerações, deve ser realçada: caem também sob a jurisdição do TPIR os factos praticados nos territórios dos países limítrofes, durante aquele período de tempo, *por cidadãos ruandeses*. Essa extensão da competência territorial procura punir os crimes cometidos fora do Ruanda durante a perseguição de que foram vítimas os cidadãos tutsi (e os chamados "hutus moderados") em fuga.

Ora, de um ponto de vista puramente jurídico-penal, nenhuma razão havia para excluir da jurisdição do tribunal os cidadãos nacionais desses países vizinhos que colaboraram com os hutus ruandeses nas perseguições e massacres perpetrados fora do Ruanda. Trata-se de uma opção política, destinada a captar a aceitação do tribunal pelos países implicados, os quais, ao invés do Ruanda, mantiveram a estabilidade da sua estrutura político-institucional durante e após o conflito.

A definição da jurisdição do TPI foi "um dos temas mais controversos, se não o mais controverso"[9] da Conferência de Roma, por aqui se notando logo a sensibilidade política do assunto.

Evidentemente, o problema não podia desligar-se das outras pedras angulares do Estatuto: a forma de instituição e modo de funcionamento do Tribunal; a(s) forma(s) de activação concreta da jurisdição do Tribunal (*trigger mechanisms*); e o modelo de relacionamento entre o Tribunal e as jurisdições estaduais.

As múltiplas combinações possíveis deram origem a outras tantas propostas. Depois de fatigantes negociações, a definição da jurisdição do Tribunal resultou numa complexa teia de conexões:

a) O Tribunal tem jurisdição universal imediata sobre as infracções contidas no art. 5.° do Estatuto quando a prática das mesmas lhe for comunicada pelo Conselho de Segurança ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, *sc.*, quando o Conselho de Segurança tiver determinado que existe uma ameaça para a paz, uma violação da paz ou um acto de agressão concretos. Nesses casos, a jurisdição do Tribunal não se encontra dependente do facto de o Estado em cujo território os crimes ocorreram, ou o Estado da nacionalidade do agente, serem partes no Estatuto.

b) Todavia, se o impulso processual provier de um Estado Parte ou se o processo for iniciado oficiosamente pelo Procurador, o Tribunal só terá jurisdição sobre os factos se eles tiverem sido cometidos no território de um Estado Parte, ou se o agente for nacional de um Estado Parte.

Pode afirmar-se, por isso, que a jurisdição do Tribunal tem dois perfis: o primeiro assenta na *regra da aplicação universal* (jurisdição imediata sobre certas espécies de crimes); o segundo combina a *natureza pactícia* do Estatuto (e a consequente necessidade da sua aceitação por parte dos Estados) com os elementos da *territorialidade* e da *nacionalidade activa*.

(9) Sharon Williams, In: Otto Triffterer (ed.), cit., p. 329.

Ambos os perfis da jurisdição do Tribunal têm o mesmo *âmbito real* (composto exclusivamente pelos chamados *core crimes*[10]) e o mesmo *âmbito temporal* (o Tribunal só tem jurisdição sobre os factos posteriores à entrada em vigor do Estatuto).

Ao invés do que sucede com o TPIAJ e o TPIR, a jurisdição do TPI subordina-se ao *princípio da subsidiariedade, sc.*, o Tribunal só tem jurisdição se os tribunais estaduais não puderem ou não quiserem conhecer dos casos.

Estas soluções parecem-me globalmente satisfatórias. Em especial, a cláusula da subsidiariedade lembra aos Estados que são eles, como estrelas da comunidade internacional, os primeiros responsáveis pela punição dos crimes contra o direito internacional.

Em suma: o desenho dos pressupostos da jurisdição internacional do TPI parece aceitável, pecando apenas pela restrição excessiva das conexões relevantes ao não incluir o Estado da custódia do arguido nem o da nacionalidade das vítimas.[11]

3. Conclusões

Não há, portanto, caminho algum.

Ou, se o há, passou ao lado de tantos crimes inomináveis que se tornou demasiado sinuoso para servir o Direito.

O que há certamente, por força do actual contexto político, é a oportunidade de formação de um novo astro, diverso dos restantes.

Pelo que fui dizendo ao longo desta exposição, julgo que o Tribunal Permanente criado em Roma possui uma legitimidade incontestável e não carece da invocação de "heranças".

Porém, com isso não se apagam algumas deficiências graves do Estatuto:

a) Os pressupostos de jurisdição são lamentavelmente restritos, nomeadamente por não incluírem o Estado que tem a custódia do arguido, nem o Estado da nacionalidade das vítimas.

(10) À excepção do crime de agressão, relativamente ao qual não foi possível atingir um consenso político suficiente.

(11) A restrição suplementar que os Estados Unidos da América pretenderam ver consagrada – a necessidade de uma autorização do Estado da nacionalidade do agente para o exercício da jurisdição no caso concreto – é absolutamente insustentável, é incongruente com o empenho posto por aquele País na instalação dos Tribunais de Nuremberga e Tóquio, do TPIAJ e do TPIR, e faria certamente ruborescer o Procurador R. Jackson. Aliás, espera-se que os EUA, como nação liberal, revejam rapidamente a sua posição oficial sobre o Estatuto, de forma a que a corrente legalista leve de vencida a corrente realista; tal como sucedeu em 1945, quando o Secretário da Guerra Stimson conseguiu impor a via judicial ao Secretário do Tesouro Morgenthau Jr., que advogava, conjuntamente com Churchill (nos primeiros tempos) e com Estaline, a execução sumária de uns milhares de oficiais alemães.

b) A inclusão da pena de prisão perpétua, negociada como moeda de troca para a exclusão da pena de morte, representa para alguns Estados (onde se contam o Brasil e Portugal) um retrocesso civilizacional.[12]

c) A justiça praticada será certamente muito selectiva, possibilitando largas manchas de impunidade e, assim, uma aplicação muito desigual do direito. É notório que o exercício concreto da jurisdição, nomeadamente no que toca a captura e a entrega de arguidos, dependerá bastas vezes de interesses bem diversos dos que subjazem à administração da justiça penal – como, aliás, já sucedeu com o TPIAJ.

d) É difícil conceber que um Tribunal Permanente funcione efectivamente sem fundos próprios, sem governo, sem exército, sem polícia e sem prisões.

Talvez esses defeitos fossem suficientes para que o Estatuto não satisfizesse os princípios e garantias que regem o direito penal *interno*.

Mas o problema aqui é outro e outros hão-de ser os padrões.

O problema é que as alternativas a uma jurisdição internacional penal que funcione como última possibilidade de julgar os crimes mais graves contra o direito internacional são insustentáveis. A apatia e o desinteresse da comunidade internacional, os tribunais fantoches e a vingança pura e simples não só ferem a consciência da comunidade internacional, como são hoje *globalmente perigosas*.

Nesse ponto, comungo da tese de Gary J. Bass, segundo a qual a jurisdição internacional penal é a menos má das alternativas – e talvez a única capaz de, em último termo, fazer suster a mão da vingança.

Resta-nos, portanto, prosseguir com a determinação humilde e contida que atravessa as palavras de Samuel Beckett: "Try. / Fail. / Try again. / Fail better".

(12) Que justificava, no plano do direito português, a mais viva resistência contra a assunção, pelo Estado português, da obrigação de colaborar com o Tribunal em procedimentos de onde pudesse resultar a aplicação de uma pena de prisão perpétua efectiva, como tive ocasião de alegar em outro local ("Ut puras servaret manus", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 11 [2001], p. 39 *et seq.*). Na verdade, de acordo com o que então escrevi, não estava em causa a bondade intrínseca do Estatuto, mas apenas a rejeição desse concreto tipo de colaboração – que deveria, em meu entender, ser levada até à não ratificação do Estatuto por Portugal se tal posição, sob a forma de declaração, não fosse aceita.

Porém, no preciso dia em que teve lugar a palestra que deu origem ao presente texto, a Assembleia da República Portuguesa aprovava uma proposta de Lei Constitucional destinada a permitir a ratificação do Estatuto de Roma, nos seus exactos termos.

Espero agora que se cumpra o optimismo da Desembargadora Dra. Sylvia Steiner, com quem tive a honra e o gosto de dividir o tema "Tribunal Penal Internacional" no *VII Seminário de Direito Penal do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, e que a Assembleia de Estados venha, numa futura revisão do Estatuto, a eliminar a prisão perpétua do leque sancionatório aí contido; para que a defesa dos direitos humanos através da jurisdição penal internacional possa ser, também nesse ponto, uma bandeira verdadeira.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

EXECUÇÃO CRIMINAL* **

EDUARDO PEREIRA SANTOS

Resumo: Após analisar artigo por artigo da Lei de Execuções Criminais, o autor traça um paralelo entre o descumprimento das normas por parte do Estado e suas gravosas conseqüências. Indica, também, os pecados dos poderes Executivo e Legislativo, apontando o paradoxo da contribuição do bom Juiz ao fracasso decorrente. Por fim, sugere solução simplista, consistente no efetivo cumprimento da lei.

Palavras-chave: Lei de Execução Penal – Aspectos práticos.

Um movimento renovador e luminoso surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a reforma de 1984, que trouxe a Lei de Execução Penal, o primeiro diploma legal autônomo a tratar da execução da pena no País. Se uma minoria, quando pouco mal-informada, precipitadamente considerou-a apenas fruto da visão acadêmica e romântica do legislador, carregada de conteúdo programático, conveniente a sociedades evoluídas mas inexeqüível no Brasil, os juristas mais categorizados fizeram coro a mostrar suas virtudes. Lei moderna, dogmaticamente coerente e bem fundamentada, científica, técnica, calcada nos melhores princípios, impregnada, inclusive, do que se chamou realismo humanista e, decididamente, exeqüível.

Certamente não escapou do corpo de redação do anteprojeto, de altíssimo nível, o vezo de se descurarem as autoridades públicas brasileiras dos assuntos que envolvem o cidadão preso, omitindo-se sistematicamente nos seus deveres mais básicos, sempre na certeza de que a sociedade, no seu todo, não as pressionaria, e que o importante, como sempre foi, era só que os condenados fossem de alguma forma presos, afastados do convívio social. Esse discurso insustentável, o isolamento do caráter segregativo da pena como sua única repercussão válida,

(*) VII Seminário Internacional do IBCCrim – Painel de 02.10.2001 – Tema: Execução penal.

(**) Advertência: o trabalho que segue, de cunho assumidamente panfletário, é mais um desabafo de um Juiz de trinta anos de carreira e, no que tem de opinativo, reflete não mais do que uma posição estritamente pessoal, que a liberdade acadêmica permite trazer à tona. É mera divagação, sem referência bibliográfica, calcada na experiência pessoal do autor e em dados concedidos informalmente por órgãos de segurança e pela Vara de Execuções Criminais da Capital.

absurdo pareça, até hoje tem eco na mídia e repercute bem nas camadas menos politizadas – que não se confundem com as de renda menor – sob os mais variados sofismas. Desde oculto sob jargões demagógicos como "é preciso acabar com a impunidade", "trabalhador não deve sustentar vagabundo", "ninguém fala dos direitos humanos da vítima" até pérolas transportadas, é de pasmar, para a jurisprudência dos tribunais, como a afirmação de que não tem o condenado como reclamar das condições carcerárias porque sempre soube muito bem da falta de vagas nos presídios, da superlotação, da falta de acesso aos benefícios pela ineficiência dos órgãos da execução de sorte que, se assim mesmo cometeu o crime, assumiu o sistema repressor tal qual é e a ele tem de se submeter, por isso que a culpa não é do legislador, do executivo, do Juiz, senão dele mesmo.

Os autores do anteprojeto e o legislador eram cientes disso, evidentemente. Quando da edição da Lei de Execução Penal, entretanto, o quadro histórico era diverso e alvissareiro. Tudo apontava para uma alteração substancial e auspiciosa na visão geral da execução da pena, inclusive sob a ótica das autoridades. Afinal, o diploma fora precedido de longo debate e a comissão elaboradora do anteprojeto era o que de melhor havia. Uma grande conquista. O clima parecia altamente propício a um avanço sem precedentes no campo da execução da pena. E mais: não se exigia nenhum esforço financeiro extraordinário do governo para implantarem-se os recursos físicos e os estabelecimentos prisionais necessários para a correta aplicação da lei. Era mister só, como sempre foi, que se construíssem mais estabelecimentos para o cumprimento da pena no regime fechado e semi-aberto e casas do albergado, para cumprimento da pena no regime aberto. Providências prosaicas, sem segredo nenhum, evidentemente previsíveis. Tudo levava a crer, pois, que um esforço conjunto, em brevíssimo tempo, deixasse o arcabouço do sistema pronto e acabado. Ainda assim, para prevenir omissão, dispôs-se expressamente no art. 203 da LEP que no prazo de seis meses desde sua publicação as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, deveriam projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos, assim também a aquisição e desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados. Sob a sanção estampada no § 4.°: o descumprimento pelos governos estaduais implicaria na suspensão de ajuda financeira destinada pela União a atender despesas de execução de penas.

Infelizmente nada se alterou. As perspectivas otimistas não vingaram. Foi, como sempre, muito conveniente para as partes. Os Estados não fizeram rigorosamente nada e com isso o Governo Federal livrou-se de ajudá-los financeiramente na forma do art. 203 nesse, afinal, desagradável e grosseiro assunto de tratar de preso. O governante de plantão sempre soube, na verdade, que o sistema que resistiu às inovações explodiria, um dia, com conseqüências desastrosas, mas sempre esperou que esse "mico" não ficasse em suas mãos. Assim os governos estaduais subseqüentes, à exceção dos dois últimos, na tradição da irresponsabilidade.

Foi a primeira inobservância à Lei de Execução Penal. O primeiro desalento. A partir daí veio uma sucessão de desencontros e omissões, agravada muitas vezes pela insensibilidade do Juiz e do Poder Judiciário.

Com isso a nova lei, que, afora seus objetivos imediatos, tinha também tudo para decididamente pôr em ordem o sistema prisional brasileiro e até, indiretamente, atenuar os problemas da insegurança urbana, não foi considerada, e o sistema, que já fazia água, como bem se sabe, naufragou, levando ao fundo tantos sonhos e deixando seqüelas graves e definitivas. Invoca-se, para retratar o que sobrou, o diagnóstico de Rogério Lauria Tucci, transcrito em artigo de Sérgio Pitombo no n. 27 da *RBCCrim*, sob o título "Conceito de mérito no andamento dos regimes prisionais": Nossos estabelecimentos, *verbis*, "primam por degradar o condenado, tratando-o de maneira impiedosa e até cruel, vezes sem conta como verdadeiro animal...". E adiante, lembrando o relatório referente "às condições das prisões no Brasil": "... os presos brasileiros estão freqüentemente apinhados em celas pequenas, escuras, úmidas e sujas, construídas para comportar a metade, um terço ou ainda menor número de detentos (...). As celas estão infestadas de ratos e baratas...".

Há setores reacionários, no Judiciário, inclusive, que atribuem aos dispositivos ditos liberais da Lei de Execução Penal o aumento da criminalidade sob o falso argumento de que não se cumpre pena no País.

A dramática realidade carcerária atual e a insegurança urbana, dois monstros que sufocam a comunidade, nada têm a ver com a Lei de Execução Penal. E tanto não têm que esta, na verdade, nunca foi cumprida na quase totalidade dos seus dispositivos. Fosse cumprida e certamente outro o quadro com que agora se depara. É inegável que o diploma é ainda hoje bom e adequado e passível de funcionamento, e a rigor nem precisaria de substancial reforma, senão de atualização e adequação em poucos pontos. Ninguém o levou a sério, entretanto, como era imperioso. Um diploma vital para a boa distribuição da justiça, para o correto dimensionamento da questão do homem preso, um guia seguro para resolver a contento o problema penitenciário, pleno de alternativas, que buscou a integração do corpo comunitário e prestigiou o poder discricionário do Juiz, criminosamente, não foi cumprido a sério pelas autoridades públicas.

A desculpa de que a Lei de Execução Penal destinava-se a um país evoluído e melhor estruturado, que ainda hoje ecoa por aí, é pueril e mal-intencionada, escondendo a verdade dos fatos. Assim fosse, aliás, raciocinando com o absurdo, ousa-se dizer que melhor então se limitasse o legislador estritamente às possibilidades estruturais em voga antes de 1984 (e que, pela incúria geral, ainda vigem) e, pretensamente realista, assumisse um corpo legal grotesco, não muito distante de contemplar barbáries medievais, dispondo, por exemplo, como há um preso, num distrito policial da Capital, de ser amarrado à grade da cela para, assim achando espaço, poder dormir, fato verdadeiro, objeto de noticiário jornalístico. Seria ao menos um estatuto de cumprimento fácil, fielmente observado, exeqüível, que atenderia à mais baixa grita popular, alegrando a turba ignorante, e, portanto, não desmoralizado, à moda da Lei de Execução vigente.

Descartada essa demasia, insiste-se que a Lei de Execução Penal praticamente não foi cumprida e que aí está a gênese de todos os males.

Antes de analisá-la artigo por artigo, para comprovar a assertiva e para instalar o clima, divaguemos, à moda de intróito, pelo espaço físico que o preso habita e sobre os regimes do sistema progressivo.

A cadeia pública destina-se ao recolhimento dos presos provisórios, alojados em cela individual, que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com área mínima de seis metros quadrados e condigno sistema de aeração, insolação e condicionamento térmico, como se dessume da leitura concomitante dos arts. 102 e 88 da LEP. Pois no Estado de São Paulo, o mais rico da Federação, cumprem pena, um sobre o outro, cerca de cinqüenta e cinco mil detentos condenados definitivamente (revelação informal da Vara de Execuções Criminais da Capital), muitas vezes misturados a outros trinta mil presos provisórios. Um distrito policial antigo na Capital tem cinco celas de três por quatro metros cada, ou doze metros quadrados. Nos termos da Lei cada cela serviria para dois presos e todo o distrito poderia, então, receber dez presos. Pois em média guardam de cento e cinqüenta a cento e oitenta presos. Quinze a dezoito vezes mais. Os distritos novos, que têm celas na mesma metragem e outras, tipo *king size*, no jargão da cadeia, de quatro por cinco metros, ressentem-se da mesma aflição. Pois na realidade cada preso desfruta, com perdão da ironia, de menos de um metro quadrado. E mais que essa opressão física, que o impede até de dormir com o mínimo de dignidade, grassa, como é fácil de supor, a pior promiscuidade. Quase nenhum direito tem o condenado nessas dependências. Os dispositivos da Lei de Execução Penal ou normas constitucionais de proteção não o alcançam, nesse fosso fétido e imundo.

O regime prisional fechado, é sabido e consabido, está absolutamente abarrotado com, permite-se a pilhéria, "preso saindo pelo ladrão", e portanto nunca tem vagas. Entretanto, curioso, sempre admite mais um preso. Só raramente, se não foi uma vez só, ouviu-se dizer de uma autoridade judiciária ou policial que não poderia proceder ao recolhimento de mais um detento à falta de vaga no regime fechado, muito embora, definitivamente, não haja mais nem espaço, quanto mais vaga.

As vagas, então, num paradoxo, não existem, mas são ilimitadas.

Já o regime aberto deveria ser cumprido em estabelecimento apropriado, mas a conveniente solução jurisprudencial instituiu o albergue domiciliar e, portanto, também aí as vagas são ilimitadas. Tantas quantas casas ou arremedo de casas existirem no País.

Vem agora a perplexidade. Pois, não se entende o motivo, ao menos no Estado de São Paulo, não há vagas e há muitos anos no regime intermediário, o que estrangula e acaba por detonar o sistema progressivo. É incompreensível porque simplesmente não se empilham os presos, um sobre o outro, solução encontrada para resolver o problema no regime fechado. Não. No semi-aberto todos são cheios de dedos.

Por isso, o condenado com direito reconhecido definitivamente a esse regime costuma esperar o dia incerto e longínquo da vaga. Onde espera? No regime

fechado. Numa iniqüidade chocante. Num disparate. Num absurdo. Num crime. E a lei?

Ora...

Os objetivos da execução penal estão postos no art. 1.º. Dentre eles proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. Não há mais, em sã consciência, quem ainda considere que o cumprimento de pena no Brasil possa a tanto aspirar.

O art. 3.º assegura ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença. Pois os presos dos distritos e da Detenção, já descontadas as limitações das penitenciárias, que também não se salvam, sofrem mil outras penas jamais imaginadas por qualquer Torquemada, do atentado violento ao pudor à morte, da humilhação ao rebaixamento à condição sub-humana.

O art. 4.º manda que o Estado recorra à comunidade. Essa participação era decisiva para o êxito da lei, mas, além das penas restritivas, na modalidade da prestação de serviços, pouco foi fomentado, quer pelos governadores ou prefeitos, quer pelo Judiciário. Mesmo a prestação de serviços à comunidade demorou muito para merecer a atenção devida. Só recentemente, em 07.10.1997, formalizou-se o programa integrado da Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho e Secretaria de Administração Penitenciária. Veio, portanto, só treze anos depois do início da vigência da Lei de Execução Penal, o suficiente para muito Juiz evitar a pena restritiva, descrendo de sua aplicação correta.

Art. 5.º: os condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da execução penal, trabalho que o art. 6.º atribui à Comissão Técnica de Classificação. Segundo o art. 8.º o condenado ao regime fechado será logo submetido a exame. Nada disso é realizado, frustrando toda a expectativa dos que acreditavam no grande impacto da Lei sobre a execução. A Comissão só se manifesta nos pedidos de promoção, e ainda assim nos conhecidos laudos estereotipados, quase sem significado, de premissas tantas vezes contraditórias e distantes da conclusão. É comum serem vistas nesses laudos, a pretexto de sugerir a recusa ao benefício pleiteado, considerações que dizem respeito a todo o gênero humano, debilidades e fraquezas próprias da condição humana, que eu, como Julgador, busco superar na minha própria personalidade, como insegurança, carência afetiva, labilidade, medos. Recentemente julgou-se na 16.ª Câmara do TACrim um caso em que o motivo mais importante para a recusa ao benefício era a circunstância de acometerem o condenado "traços de ansiedade". Ora, alguém, certamente nervoso, submetendo-se a um exame importante para a obtenção de um benefício legal, que quadro, dentro da normalidade, apresentaria? Se um perito me examinasse, agora, ficaria perplexo ao notar como se convidou um ansioso terminal para um evento dessa magnitude. Depois, o que é rematado absurdo, um parecer demora, para progressão, na Detenção de São Paulo (onde estão mais de sete mil encarcerados), mais de um ano. Há, trabalhando, uma equipe e meia de técnicos para atender a toda a população. Também há demora sensível nos outros presídios a enlouquecer o condenado.

É comum dizer que há gente no sistema penitenciário com pena já cumprida. Não é o que ocorre, senão como um acidente. Há muita gente, entretanto, com direito a progressão sem jamais alcançá-la no tempo devido, e a injustiça é rigorosamente a mesma. Essa grita, por um processo de redução em prol da pronta comunicação, transformou a nota da permanência irregular em regime agravado em nota de permanência na cadeia com pena vencida, por ser muito mais fácil de compreender e expressar claramente o justo sentimento de revolta.

O art. 9.°, que faculta à Comissão entrevistar presos, requisitar documentos, realizar diligências, não é utilizado, já que o laudo é sempre resumido e pobre de conteúdo.

O art. 10 sentencia que a assistência ao preso é dever do Estado e será, conforme o art. 11, material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa. Se as seitas evangélicas, especialmente, permitem se diga observado o dever de assistência religiosa, os demais itens ressentem-se do mesmo, digamos, milagre. O art. 12, tratando da assistência material, exige, de pasmar, instalações higiênicas. Até algo como loja de conveniências foi, de alguma forma, previsto no art. 13, mas tudo o que se vende nos presídios brasileiros é proscrito e criminoso. O art. 14 garante atendimento médico, farmacêutico e odontológico e é desnecessário dizer que também não é cumprido. Não há nada, no setor de saúde, nas cadeias públicas. Em regra, um médico socorre cada população carcerária das penitenciárias, funcionando com plantão à distância. Na Detenção são dois os médicos. E não bastasse, ocupam-se também com laudos. Nesse inferno, surgem anjos como o Dr. Dráusio Varella, heróicos voluntários que atendem às súplicas dos condenados, mas em número sempre insuficiente. O art. 15 concede assistência jurídica, a mais cobiçada e importante para o condenado. O déficit no setor coloca-o distante dos benefícios legais, aumentando-lhe a revolta e o desespero. Pois mesmo diante dessa evidência e de suas lamentáveis conseqüências não se cuidou ainda no Estado de São Paulo das defensorias públicas. Nem todos os presídios podem dar a assistência educacional preconizada nos arts. 17 a 21, de qualquer forma também incipiente e limitada, não acessível à massa da população. A assistência social (art. 22 e seguintes) tem por finalidade amparar o preso e prepará-lo para o retorno à liberdade, e praticamente não é exercida.

O art. 25 dispõe sobre assistência ao egresso, inclusive na concessão de alojamento e alimentação por ao menos dois meses, o que, é já intuitivo, não existe. O trabalho do condenado é tido no art. 28 como dever social e condição de dignidade. Portanto, recusa o Estado, para a maioria da população carcerária, agora formal e solenemente, a condição de dignidade. O trabalho, aliás, é obrigação do preso (art. 31). A ociosidade, não fossem já seus efeitos deletérios, obsta acesso também a outro direito, o de remição de penas, previsto nos arts. 126 a 130. O art. 38 cuida dos deveres do preso, e esse sim, é observado, à exceção da exigência de higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento. Já seus direitos, previstos nos arts. 40 e 41, não têm o mesmo tratamento, e a poucos dos quinze incisos devota-se atenção.

Os dispositivos sobre disciplina e faltas disciplinares (arts. 44 a 52) – já se adivinha – até que são prestigiados, assim como os que prevêem sanções (arts. 53 a 55 e 57 a 60). Já as recompensas, o elogio e regalias, são mais raros. Acontecem mesmo é na hipótese de pagar a administração pela delação do preso. Na verdade, as medidas ostensivas em torno desse preso, recolhimento a ala especial e outras, mais que regalia, visam à sua proteção, porque a lei do cárcere não o perdoará. Essa conduta da administração, evidentemente não confessa, é, convenha-se, altamente corruptora.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o Departamento Penitenciário Nacional têm existência mais formal, não atendendo a contento suas incumbências legais (arts. 62 a 64 e 71 a 72). Já o juízo de execução merecerá atenção especial adiante, mas desde já se pode notar que dentre suas competências descuida-se, exceto no interior, das previstas nos incs. VII, VIII e IX do art. 66. Não vem inspecionando, especialmente na Capital, os estabelecimentos penais (e cadeias públicas, estas sob poder correcional do Dipo), não tem interditado as pocilgas que abrigam os presos, não tem instalado Conselho da Comunidade. Na Capital, no quadro presente e no esquema vigente são mesmo difíceis as visitas e há, quanto às interdições, invencíveis pressões, fruto da falta de autonomia da Vara e decorrência do seu inchaço disforme, não oportunamente desdobrada à moda das Varas Criminais. O Ministério Público opera burocraticamente (arts. 67 a 68), quase sempre sob o entendimento de que seu dever institucional é indispor-se às pretensões dos condenados, calcado no princípio, que entende viger em execução, do *in dubio pro societate*. O Conselho Penitenciário faz o que pode (arts. 69 a 70), mas seus pareceres demoram, às vezes, cerca de seis meses. Por isso, em casos particulares, chega-se a dispensar sua figuração nos autos, não só para evitar a paralisação do processo, mas até sob argumento de que se a Lei de Execução Penal atribui-lhe a competência de elaborar parecer não elevou esse parecer à conta de prova obrigatória (TACrimSP, 16.ª Câm., Ag em Execução 1.157.441/1-Guarulhos). Os patronatos, grande esperança do legislador, mal saíram do papel (art. 78 e 79); como os Conselhos da Comunidade (arts. 80 a 81).

Não se tem notícia de que os condenados maiores de sessenta anos sejam recolhidos a local adequado, como lhes assegura o art. 82. O art. 83 prevê, nos estabelecimentos, dependências com área e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva aos condenados, o que, em termos de cadeias públicas de São Paulo e Casa de Detenção (que abrigam, respectivamente, cerca de 50.000 e 7.200 presos) soa como delírio surrealista. O preso provisório, diz o art. 84, ficará separado do condenado, muito embora, bem se sabe, estejam todos misturados nos cárceres dos distritos policiais.

O efetivo controle da massa carcerária já escapou do Juiz das Execuções. É hoje praticamente todo da Secretaria de Administração Carcerária e da Secretaria de Segurança Pública. Nessa perda de função fracassou, em algum momento, o Poder Judiciário estadual, até porque, vulgarizando a questão, nenhuma instituição que se preze compraz-se em ceder parcela de poder. Essa mesma ponderação

vale para contestar os que aconselham não atenda o Juiz-Corregedor incidentes graves nos presídios e rebeliões. Sua participação é não só vital, por vezes, para conter o movimento e eventualmente salvar o patrimônio do Estado e até vidas humanas – e já por isso não pode ser recusada –, como também confere-lhe especial importância, agora sob cobertura da mídia e sob os olhos da população, o que não pode ser desprezado. Importa sempre ao Judiciário, tão retraído, mostrar-se à comunidade. O estabelecimento penal, segundo o art. 85, deve ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade, e, como todos sabem, não tem. O que existe é uma superpopulação carcerária disseminada em todo o País, especialmente neste Estado, malgrado os esforços do último e do atual governo. A União Federal poderia ter construído estabelecimento penal de segurança máxima em local distante da condenação para recolher condenados a pena superior a quinze anos como preconizado no art. 85, § 1.°. O desconhecimento de certos legisladores é tal que um parlamentar, entrevistado a propósito do seqüestro de Patrícia Abravanel, prometia justamente essa providência legislativa, assim como reclamava a imposição, como se ainda houvesse lacuna na lei, de trabalho para ocupar os presos. O art. 88 garante ao condenado posto em penitenciária cela individual, debalde, como já se destacou, de no mínimo seis metros quadrados, arejada e insolada. O art. 90 pretende que as penas sejam cumpridas em local afastado do centro urbano. A Casa de Detenção de São Paulo, a Casa de Custódia de Taubaté, com o anexo do Piranhão, o Cadeião de Pinheiros, as cadeias públicas contendo condenados, entre outros, estão na área urbana. Nada a declarar sobre a casa do albergado (arts. 93 a 95) diante de sua manifesta inexistência. O Hospital de Custódia e Tratamento (arts. 99 a 101) destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis. Pois não vai passar incólume. A lista de espera estava, na última consulta, em oitocentos nomes. Enquanto esperam convivem, na promiscuidade geral, loucos de todos os gêneros e delinqüentes de todo grau, nessa mixórdia do horror. A cadeia pública (arts. 102 a 104), como dito, seria para recolhimento de presos provisórios apenas, mas a regra ficou esquecida. O art. 112 reporta-se à forma progressiva de cumprimento da pena, pedra angular do novo sistema. A remoção de estabelecimento se dará quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena e seu mérito o favorecer. É evidente que o legislador imaginou que o vencimento da fração prevista e a realização do exame criminológico dar-se-iam simultaneamente ou quase assim. Na prática, os condenados aguardam de seis meses a um ano na Capital para serem levados ao exame, como já se revelou, e se submetem, depois, aos percalços judiciais na avaliação do seu pedido. Se a promoção não funciona convenientemente, a regressão não padece do mesmo mal (art. 118). As permissões de saída, porque urgentes, esbarram na emperrada máquina burocrática (arts. 120 a 125) e se prejudicam. Em recente artigo publicado no *Boletim 24* dos Juízes para a Democracia o Procurador do Estado Carlos Weiss trouxe ilustrativo caso em que vinte e sete presos da Casa de Detenção perderam a saída de Páscoa por uma questão formal que poderia, fossem outros o espírito e a filosofia dos operadores da área, ter sido aclarada a tempo. A remição de penas (arts. 126 a 130), como também já se destacou, pressupõe acesso a trabalho, privilégio de poucos, no sistema. A obtenção de livramento condicional (arts. 131 a

146) ressente-se dos mesmos entraves burocráticos. O parecer do Conselho Penitenciário, insista-se, é demorado, assim como o trâmite judicial. É muito difícil que se ingresse no benefício sem uma perda considerável de tempo desde a data em que se completou o lapso temporal exigido. Perda, admita-se, irreparável, que deveria ser objeto ao menos de indenização, posto que a responsabilidade é exclusivamente do Poder Público. As penas restritivas de direito vêm funcionando, especialmente a prestação de serviços à comunidade (arts. 148 e 149), e há nota da Vara de Execuções da Capital de que há vagas disponíveis no setor, o que, finalmente, é um lenitivo. Já a limitação de fim de semana é pouco invocada (art. 151). O *sursis* vem sendo agora prestigiado, com a imposição da condição consistente em prestação de serviços à comunidade (art. 156 e seguintes da LEP e art. 78, § 1.°, do CP). É raro o deferimento de *sursis* sem condição especial, e também escasseiam os concedidos com as condições menos restritivas do art. 78, § 2.°, do CP, o que quer dizer prestígio do Judiciário, nesse tema, ao menos, ao intuito do legislador de moralizar o instituto que antigamente, justamente pelo vezo de não se impor condição nenhuma, equivalia à liberdade plena. Tanto que o condenado dizia: "fui absolvido com 'súrsi'". A verificação da cessação de periculosidade, nas medidas de segurança (art. 175), é também demorada, e o laudo psiquiátrico tem os mesmos defeitos dos demais trabalhos periciais da área. Como são insuficientes os profissionais para atender a demanda, atrasa, vem estereotipado, não convence. Muitas vezes o Julgador extrai das suas premissas conclusão necessária e indiscutível que é justamente oposta à efetivamente alcançada pelos peritos. O pedido de indulto, à moda dos outros benefícios, demora para merecer processamento. Opina – e devagar, já se sabe – o Conselho Penitenciário, o que é nova causa de retardamento.

Como se conclui dessas curtas anotações, a maioria dos comandos da Lei de Execução Penal é desobedecida. Mesmo os dispositivos de alguma forma observados não atingem completamente o intuito do legislador, pela morosidade crônica dos órgãos de execução, pelas dificuldades burocráticas, pela ausência de estrutura, pela falta de visão de alguns dos operadores da área, dentre outros motivos.

Quem é o responsável?

O Poder Executivo, não providenciando a armação física material, favoreceu e até determinou a confusão que se seguiu. O primeiro e o grande responsável. Os executivos estaduais, como sempre, não reservaram suas verbas senão para projetos noutras áreas, projetos mais vistosos, populares e portanto passíveis de repercutir em votos em pleito futuro.

Dentre os Juízes, inclusive de execuções e de segundo grau de jurisdição, parte não se preocupou. Prosseguiu, indiferente, na sua faina interminável. Depois de condenar e remeter o condenado ao regime cabível, por exemplo, não se abalou se eventualmente permanecesse ele no sistema fechado, na falta de vaga no regime semi-aberto ou aberto, sob a cômoda racionalização de que isso já não lhe dizia respeito. Uma ala, minoritária, buscou prestigiar no que fosse possível as diretrizes do legislador e, no mais, foi obrigada a criar. Pôs seu gênio inventivo

a campo, para evitar lesões iminentes ao direito individual, mas com isso acabou atropelando o sistema progressivo. Inventou, *v.g.*, a prisão-albergue domiciliar, para substituir o regime aberto, já que os estabelecimentos respectivos não foram construídos. Com isso, sacramentou a ausência do regime aberto tal qual idealizado, como o último momento da aplicação da terapêutica penal. Tem agora mandado o condenado recolhido ao regime fechado aguardar a vaga já concedida para o regime semi-aberto, ante a notória carência de vagas nesse regime, no aberto porque entre uma ilegalidade – deixá-lo no regime fechado esperando a vaga a que fazia jus – e outra – ser posto no regime aberto esperando a mesma vaga –, entendeu mais consentâneo com os princípios gerais de hermenêutica penal optar pela solução que o favorecesse. Era mister que assim agisse, mas, com isso, o condenado ficou também sem o regime intermediário. Não há hoje, pois, em São Paulo, pedra sobre pedra do sistema progressivo. Dispensou o intérprete, quando a demora passou da linha razoável, para o deferimento de benefícios, o parecer do Conselho Penitenciário, esvaziando, indiretamente, o órgão. Diante da dificuldade de trabalho, sem vislumbrar outro instrumento de pressão, abriu a quem estuda o direito à remição e não está longe o momento em que dará a todos os que formalmente quiseram trabalhar e não puderam o mesmo benefício. E assim por diante.

Por isso, adveio esse enorme paradoxo. Para ser justo, o Juiz mais sensível, mais consciente, mais politizado, acabou também servindo ao sistema político, por via oblíqua, poupando-o, e acabou, às vezes, passando pelo vilão da história. Mas depois que a porteira fora arrombada pela irresponsabilidade das autoridades competentes e a casa estava abaixo, não tinha mais outro recurso para fazer justiça, evitando ao menos lesão pronta e grave a garantias individuais.

Mesmo diante da derrocada dos melhores ideais contidos na legislação não observada, mesmo diante da preocupação única de salvaguardar os direitos individuais no tema do cumprimento da pena, nem por isso, até o Juiz mais justo, criativo e ousado pode dizer que todas as situações foram resolvidas. Depois, as soluções foram casuísticas, esparsas e não puderam enfrentar, quer a jurisprudência majoritária e conservadora, quer o problema estrutural. Como visto, prosseguem as ilegalidades, nas barbas do Judiciário. O preso continua no distrito, a Casa de Detenção está ativa e a situação sempre fora de controle.

O Juiz da Vara das Execuções Criminais, antes da jurisdicionalização oficial da execução penal, na reforma de 1984, socorria, realmente, os presos. Era o pai dos presos. Zelava, próximo, na medida do possível, pelo fiel cumprimento das penas. Suas posições eram bem mais liberais do que hoje e do que as dos tribunais de então. Lidava atentamente com o fluxo dos presos, de sorte que saíssem, na medida do possível, tantos quantos entrassem no sistema. Hoje, entram, em média, por mês, mais de seis mil presos e saem de mil e oitocentos a dois mil, num déficit de aproximadamente quatro mil. O Juiz pré-reforma penal ainda conseguia manter sob algum controle a situação carcerária. Gozava de prestígio e respeito irrestritos na cadeia e até agora há eco disso, na exigência recorrente do preso na presença do Juiz Corregedor, quando de impasses invencíveis. Hoje, a

situação assumiu proporções tão monstruosas que nem é mais possível ao atual Juiz Corregedor retomar as rédeas sem uma revolução de base.

Nunca é demais lembrar que, depois de definitivamente condenado, o réu ganha *status* de natureza diversa e fica então à mercê do Estado, que, autorizado pelo ordenamento jurídico, cerceia-lhe a liberdade com todas as suas infaustas decorrências e impõe-lhe outros ônus, mas não lhe extrai os demais direitos. É o detento, diante dos termos inequívocos da Lei de Execução Penal, sujeito de direitos. Quem tem a guarda do cidadão, assim inteiramente submetido, assume necessariamente responsabilidades com relação a ele, desde as básicas, a garantia de sua vida, de sua sobrevivência, de sua incolumidade física. Tem, afora cumprir a sentença, gerindo o castigo e possibilitando a prevenção dos delitos, também de zelar pelo cumprimento das normas que o favoreçam e lhe garantam cumprimento da pena nos exatos limites legais, sem excesso ou desvio, e mais, o que avulta em importância, proporcionar-lhe as condições necessárias, meta precípua do art. 1.°, para sua reincorporação à comunidade. Os benefícios legais, o livramento condicional, os indultos, as promoções, a unificação de pena, no seu importante papel na política criminal, afora seu significado dogmático, têm também papel vital na mantença da disciplina nos cárceres e deixam o preso num clima esperançoso, propício ao bom comportamento e ao sonho de reintegração, e não podem ser economizados. Pois em algum momento e nem mais se sabe por que os Juízes das execuções penais, máxime na Capital do Estado de São Paulo, abandonaram essa visão e endureceram.

Resgatar o homem prestante e de valores, latente em cada ser humano recolhido à prisão, é função prioritária a que o Estado legalmente se propôs. Função da mais alta relevância e significado, não cumprida, sem que se erga contra o Estado relapso a mesma ânsia de justiça repressiva que se levanta contra o agente de crime e o leva às grades. Hoje, ao revés, pelo abandono, descaso, irresponsabilidade, cada homem preso, no contexto vigente, é um criminoso em desenvolvimento perene. Vêm, principalmente daí, a grande angústia do momento, a insegurança do cidadão comum, com as fugas constantes e com as seguidas operações de resgate de presos, sempre os mais perigosos. Esses presos, de volta às ruas precipitadamente, animados só pela ânsia de delinqüir, assim como o preso que deixa a cela pelo cumprimento da pena ou obtenção de benefício legal, não submetido à devida terapia, sem possibilidade de se manter por si, sem alternativa, põem a sociedade em pânico. Daí o necessário aumento da criminalidade, com a proliferação das organizações criminosas dentro e fora do presídio.

A jurisdicionalização da execução que veio com a reforma foi nada mais do que um movimento positivo, evolutivo, e não teria de ter esse efeito colateral de dar ao Juiz da Execução a impressão de que só deveria decidir nos autos e não mais interferir na questão penitenciária. O Juiz tem de ir ao presídio, por mais gigantesca que lhe pareça a missão, tem de ouvir o preso, inspecionar a conduta do pessoal penitenciário, tem de promover mutirões, tem de exigir intransigentemente, no seu campo de competência, o cumprimento da Constituição e da Lei de Execução Penal, tem de providenciar a interdição de cadeias e presídios, tem de

procurar as saídas legais e utilizá-las largamente, que muitas delas nem dependem de esforço sobre-humano, mas estão na legislação, como os benefícios de execução e as penas alternativas. Há de esquecer que não tem mais diante de si o agente de um crime, questão superada com a condenação e a sanção, mas um homem que tem também o direito de ser cuidado. Não pode hesitar em conceder benefícios legais quando os elementos de informação dos autos trazem prognóstico favorável. Tem às vezes de tomar decisões heróicas, qual, por exemplo, em última instância, quem sabe, até recusar incluir preso quando a lotação do presídio ou cadeia completar-se, deixando-o em prisão domiciliar. Posição assim intimorata iria desvendar a verdadeira face do responsável. Iria pôr a comunidade em perigo? Ora, não sejamos fingidos. Numa só tarde fogem de um presídio e de uma só vez mais de cem presos, bem selecionados, como já aconteceu. Já se viu na imprensa que mais saem presos da cadeia nas fugas esparsas e em massa do que pelos meios regulares. Há de setenta a cem mil mandados de prisão para cumprimento e não são cumpridos. Enquanto se reluta em conceder um regime aberto, onde se espera não se conduza mal o beneficiado, porque senão perderá a liberdade, outros tantos, como visto, ganham as ruas na mão grande para o que der e vier, e as organizações criminosas orquestram o desvario geral, manobrando os seus tentáculos, que assim se estendem para fora do presídio. O que é pior? Nesse tempo, quando a moderna dogmática prega o abolicionismo, que ganha cada vez mais corpo e adeptos, a visão antiga, ultrapassada, de crime e castigo, de segregação para manter o tecido social não contaminado, de sacrificar o fruto para preservar a árvore, acaba sendo de uma ineficácia e de uma ineficiência palmares. É mero engodo. E essa visão vencida continua presente, a entravar o processo. A necessidade, entretanto, é a mãe de toda a criação. Haverá, do caos, de se encontrar uma alternativa razoável e eficiente à segregação pessoal. Mas nem se espera tanto, por ora. A história, um dia, retratará uma sociedade justa, sem prisões, embora sempre com transgressões e rebeldia, molas propulsoras do progresso, das quais não se prescinde. Mas sem prisões. Por ora, espera-se, na verdade, de toda a organização estatal mas se espera especialmente do Juiz, que, afora suas atribuições jurisdicionais, assuma outras posições que lhe cabem e, limpando o joio do trigo, faça ao menos cumprir a legislação vigente, quer pressionando de todas as formas os poderes competentes, sob as penas da lei, quer encontrando fórmulas e saídas para impasses casuísticos. Corajosa e efetivamente. Sem falácias. Para tanto é necessário despir-se de preconceitos, do mau conservadorismo, de temores injustificáveis e, por vezes, ousa-se dizer, em sede de execução, é necessário até abrir mão de posições jurídicas pessoais. Porque há questões muito particulares nesse campo, como a preponderância constante de fatores de política criminal e a necessidade imperiosa de se atender à isonomia. Um preso não entende – e se rebela – por que seu vizinho de cela, de mesma situação processual, ganhou de um Juiz o benefício que lhe foi negado por outro. Até por isso, há a premência de se dar cunho pragmático e às vezes quase que normativo a certas decisões, criadas em consenso, quer por Juízes da mesma região geográfica, quer por Juízes de equipe de execuções, onde houver. Faz-se mister pré-seleção dos Juízes de Execução que devem ter perfil ideológico defi-

nido, humanista e liberal, com força e independência, formação e sensibilidade específicas bem aferidas, um Juiz, enfim, vocacionado para esse mister. Não se desconhecem dificuldades de outras ordens, quando se trata de segregação, vistas nos países e sistemas ainda mais desenvolvidos. Descontando-as, assim consiga ao menos o Juiz brasileiro exigir o cumprimento da lei, e poderá trazer de volta, despido teraupeuticamente dos pecados que o afligem, desde a cadeia um homem de bem, mais um cidadão que poderá ser um testemunho vivo do sucesso da crença no homem e na sua natureza. E se esse êxito repetir-se e se se fizer regra ter-se-ão, como necessária decorrência, um sistema penitenciário sob estrito controle legal, erradicadas as organizações criminosas, a disciplina reinstaurada e o fim das fugas, porque só irá interessar ao condenado, bem assistido e motivado, a sua volta amparada à sociedade. Certamente com decisiva projeção de resultados na questão da segurança urbana. O egresso, politizado, desde sua atroz experiência até sua redenção, poderá ser um agente formador de opinião contra o crime, um agente multiplicador dos bons valores.

Quimera? Utopia?

Ora, apenas está se pregando, embora com expectativas confessadamente positivas e otimistas, nada mais do que o estrito cumprimento pelo Estado da lei.

A lei, ora, a lei.

2.2

ÂMBITO COGNITIVO DA REVISÃO CRIMINAL, QUANDO FUNDADA NO ART. 621, I, SEGUNDA HIPÓTESE, DO CPP*

MARIA ALICE SILVA MORAES

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Natureza jurídica: 2.1 Ação (padrão ou *sui generis*); 2.2 Recurso *sui generis*; 2.3 Recurso/Ação; 2.4 Meio de impugnação de decisão, de raiz constitucional – 3. Os termos convencionais da equação – 4. Reexame da prova – Admissibilidade – 5. Contrariedade à evidência dos autos: 5.1 Acepção restrita; 5.2 Acepção ampla; 5.3 O problema da dúvida; 5.4 Insuficiência probatória/Presunção de inocência – 6. Proposta de reordenação do problema: 6.1 Erro judiciário. Ampla averiguação; 6.2 Erro judiciário. Conceito; 6.3 Erro judiciário/Presunção de inocência/*In dubio pro reo* – 7. Conclusões – Bibliografia.

"Uma justiça que reconhece os próprios erros e se corrige, que não os procuro manter e defender com fórmulas vãs, é uma justiça edificante, que só confiança poderá inspirar."

(Jorge Alberto Romeiro, *Elementos de direito penal e processo penal*, Saraiva, 1978, p. 73.)

Resumo: O trabalho perseguiu os seguintes objetivos: a) ampliação do âmbito cognitivo da revisão criminal, em face de prevalente orientação pela qual prova, que se consideraria insuficiente na apelação, tem o condão de afastar a idéia de "contrariedade à evidência dos autos"; b) relacionar essencialmente os conceitos de "evidência dos autos" e "presunção de inocência", de modo que, na resplandecência desta, verifica-se a contrariedade àquela, e, inversamente, na opacidade da última, não se contesta a primeira.

Palavras-chave: Insuficiência de prova – Presunção de inocência – Contrariedade à evidência dos autos – *In dubio pro reo.*

1. Introdução

Predomina nos Tribunais o entendimento de que restrito o espaço cognitivo da pretensão revisional absolutória, consistindo em verificação objetiva das si-

(*) A meu pai, pelas nossas discussões que possibilitaram a realização deste trabalho.

tuações definidas nos incs. I, II e IV do art. 386 da Lei Adjetiva Penal. Significa dizer que a maioria dos julgados considera desbordante dos limites desse espaço a reavaliação das provas consteladas na ação revidenda, com vista a eventual ilação de *insuficiência* (art. 386, VI). Estatui-se, como cânone absoluto, preceito excludente do sopeso da carga de dubitatividade da prova, esforço cognitivo sem lugar na revisão criminal.

Visando este trabalho pôr em questão essa orientação restritiva, começará pelo inventário das posições conflitantes no problema da definição da natureza jurídica da revisão, tópico em que se procurará sustentar sua índole de remédio constitucional, assentando, desse modo, a primeira premissa do raciocínio orientado na direção de sua irrestrita, por assim dizer, amplitude cognitiva.

Na seqüência, dar-se-á destaque aos *termos convencionais da equação*, sublinhando que o julgamento da pretensão revisional expressará ou (a) exclusivamente um juízo de verificação da existência de *alguma* prova capaz de arrimar a solução condenatória, hipótese em que a coisa julgada não se mostrará passível de rescisão, ou (b) também um juízo avaliatório da *suficiência* da prova, tudo conforme a elasticidade atribuível ao conceito de contrariedade à evidência dos autos.

Continuando, o trabalho focalizará as acepções restrita e ampla desse conceito, no plano doutrinário, passando pelo problema da admissibilidade do reexame da prova da ação revidenda e abordará o problema do peso da dúvida. Em seguida, ocupar-se-á do binômio insuficiência probatória/presunção de inocência, concluindo por sugerir uma reordenação dos dados da questão da amplitude cognitiva da revisão, a partir do conceito de erro judiciário e da demonstração correlata de que sua averiguação deve ser ilimitada, passando pela análise da tensão entre prova insuficiente e presunção de inocência.

2. Natureza jurídica

Abordando-se qualquer aspecto do tema Revisão Criminal, sempre vem a propósito ferir, introdutoriamente, o tormentoso problema de sua natureza jurídica.

2.1 Ação (padrão ou sui generis*)*

Nessa categoria, classificam-na:

José Frederico Marques, para quem a revisão criminal não é recurso[1] e, sim, "ação penal constitutiva, destinada a rescindir sentença condenatória em processo findo".[2]

(1) José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*, Bookseller, 1997, vol. IV, p. 305.

(2) Idem, ibidem, p. 311.

Fernando da Costa Tourinho Filho, ressaltando que, "embora embutida no capítulo atinente aos recursos, a revisão é, também, verdadeira ação autônoma destinada ao desfazimento dos efeitos produzidos por uma sentença condenatória trânsita em julgado".[3]

Vicente de Azevedo, que a define como "uma ação destinada a corrigir a decisão judicial da qual já não caiba recurso ordinário".[4]

Além dos autores mencionados, Sérgio de Oliveira Médici alinha, na corrente em foco, Pontes de Miranda ("a revisão criminal é ação, e é remédio jurídico processual, e não recurso"), Gama Malcher ("ação direta de impugnação"), Rogério Lauria Tucci ("ação de conhecimento de caráter constitutivo"), Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes ("ação autônoma impugnativa da sentença passada em julgado").[5]

Acrescente-se o nome ilustre de Galdino Siqueira, para quem a revisão "tem uma função *sui generis,* mais de ação rescisória do que recurso".[6]

Esta é a "posição mais aceita na doutrina".[7]

2.2 *Recurso* sui generis

Nessa categoria, incluem-na:

Magalhães Noronha, afirmando, categoricamente, que "a revisão é um recurso *misto*, e *sui generis*".[8]

Espínola Filho: "um recurso de caráter especial (misto) e objetivo geral, acentuando que esse aspecto especial (misto) resulta da circunstância de participar ela do recurso, assemelhando-se, entretanto, a uma ação, como, em matéria cível, ocorre com as rescisórias".[9]

Esse notável processualista arrola Pimenta Bueno, M. I. Carvalho de Mendonça, Barbalho, Pedro Lessa, Carlos Maximiliano, Escorel, Macedo Soares, Bento de Faria, entre os que se referem à revisão como "recurso", e destaca, em posição

(3) Fernando da Costa Tourinho Filho. *Código de Processo Penal comentado,* 2. ed., Saraiva, vol. 2, p. 363.

(4) Vicente de Azevedo. *Curso de direito judiciário penal,* 1958, vol. II, p. 347, apud José Frederico Marques, op. e loc. cit.

(5) Sérgio de Oliveira Médici. *Revisão criminal*, RT, 1998, p. 232-235.

(6) Apud E. Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal,* 22. ed., Saraiva, 1994. p. 380.

(7) Pedro Henrique Demercian e Jorge Maluly Assaf. *Curso de processo penal*, Atlas, 1999, p. 489.

(8) E. Magalhães Noronha, op. e loc. cit.

(9) Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal brasileiro,* Freitas Bastos, 1944, vol. VI, p. 7.

intermediária, as figuras de Whitaker ("recurso *sui generis*; mais ação rescisória do que recurso") e de Sady Gusmão.[10]

2.3 Recurso/Ação

Essa conceituação é utilizada por Walter Acosta: "é, em suma, misto de recurso e ação, assemelhada à ação rescisória cível...".[11]

2.4 Meio de impugnação de decisão, de raiz constitucional

É a posição defendida, com brilho invulgar, por Sérgio Oliveira Médici.

Este autor sustenta, fundamentalmente, que:

a) ação não é, porque "atos, sujeitos e regras essenciais das ações (...) não estão presentes na revisão criminal, como a *citação*, as *partes* (mesmo que somente em sentido formal) e o *contraditório pleno* ou *efetivo*;[12]

b) tampouco é recurso, porque (b.1) na revisão, e não assim também no recurso, a impugnabilidade da decisão guarda relação com o seu conteúdo ou teor material, *exclusivamente condenatório*, e (b.2) como "a revisão foi instituída exatamente para propiciar o reexame dos julgamentos irrecorríveis" constituiria inadmissível paradoxo falar em "*recurso* contra decisão *irrecorrível*";[13]

c) "*A coisa julgada* (...) está consagrada entre os direitos e garantias fundamentais instituídos pela Constituição da República. Conseqüentemente, para que a lei admita a revisão, há necessidade de autorização constitucional – caso contrário, o Código de Processo Penal afrontaria a Lei Maior ao instituir meio jurídico que se oponha à coisa julgada",[14] de modo que "a revisão deve ser colocada na mesma dignidade constitucional do *habeas corpus* e do mandado de segurança, instrumentos do sistema denominado *garantismo penal*";[15]

d) portanto, é meio impugnativo de julgado revestido da autoridade da coisa julgada, no que difere substancialmente e significativamente do recurso, que se define como meio impugnativo utilizável anteriormente ao trânsito em julgado da decisão alvo.

(10) Idem, ibidem, p. 13-14.

(11) Walter Acosta. *O processo penal*, 18. ed., Editora do Autor, 1989, p. 373.

(12) Sérgio Oliveira Médici, op. e loc. cit.

(13) Idem, ibidem, p. 231-232.

(14) Idem, ibidem, p. 247.

(15) Idem, ibidem, p. 266.

Rogério Lauria Tucci insere a revisão no rol de "atuações judiciais de caráter constitucional na jurisdição penal", porque base da "responsabilidade ressarcitória do Estado, nos termos do disposto no inc. LXXV do (...) art. 5.º".[16]

Há quem afirme que a questão é "bizantina" e sem "importância prática".[17]

Quer nos parecer, porém, que a definição da natureza jurídica diz com o problema da extensão ou amplitude do conhecimento da revisão (sob a óptica do mérito da ação penal revidenda). Será maior ou menor, se entendida como recurso, ação ou meio impugnativo de raiz constitucional. Somente neste último caso, pensamos, a revisão – "livre que se apresenta dos rigores de condições de uma ação propriamente dita"[18] e imune à censura de camuflar ilimitada valoração probatória típica da apelação – poderá realizar plenamente a correção do *erro judiciário*, que, como procuraremos demonstrar, tanto pode assumir a feição de "contrariedade à evidência dos autos" (na restrita acepção de condenação sem prova) quanto a de "insuficiência probatória" (na ampla idéia de condenação onde prova havia, mas sem força bastante para elidir a presunção de inocência).

3. Os termos convencionais da equação

Acreditando não incorrer em excessiva simplificação, tenho para mim que os limites e proporções do conhecimento da revisão, na perspectiva da questão de fato, costumam ser determinados pela extensão em que for tomada a expressão *sentença condenatória contrária à evidência dos autos*.

Se for entendido, restritivamente, que a contrariedade à *evidência* dos autos (= oposição à *certeza* que dos autos emana) é fenômeno identificável só e tão-só na condenação destituída de mínimo suporte probatório (= condenação absolutamente *sem* prova), o conceito em exame *não* compreenderá a hipótese de prova insuficiente (= prova existente, mas cuja suficiência é aquilatada variavelmente de um para outro Juiz).

Por outras palavras, a pretensão revisional absolutória somente se apresentaria em caso de acolhimento, quando *evidenciassem* (= estabelecessem como indiscutível) os autos:

a) "estar provada a inexistência do fato" (CPP, art. 386, I);

b) "não haver prova da existência do fato" (ibidem, inc. II);

c) "não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal" (ibidem, IV);

d) "existir circunstância" – não considerada na sentença – "que exclua o crime ou isente o réu de pena" (ibidem, V).

(16) Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, Saraiva, 1993, p. 86-87.

(17) Hélio Tornaghi, citado por Sérgio de Oliveira Médici, op. cit., p. 225.

(18) Sérgio de Oliveira Médici, op. cit., p. 241.

Na última hipótese, deve entender-se que a circunstância obstativa da condenação está relacionada ao mérito da causa, à matéria fática. Tratando-se, porventura, de questão meramente de direito, o fundamento do pedido será buscado na contrariedade ao texto expresso da lei penal. Por igual, no caso em que se houver de reconhecer "não constituir o fato infração penal" (CPP, art. 386, III).

Como visto, *excluída*, como fundamento apto a conferir ao pedido possibilidade jurídica, a hipótese de *insuficiência probatória* (ibidem, inc. VI).

Já foi asseverado que "se deve qualificar como contrária à evidência dos autos decisão *inteiramente* despojada de lastro probatório; é dizer: desse conceito – necessariamente estrito para que se não dilatem incurialmente as fronteiras da província revisional, com indesejáveis reflexos desestabilizadores sobre os domínios da coisa julgada – estão excluídas as decisões, que expressem convicção plasmada por interpretação razoável de concordantes fragmentos do mosaico probatório (...) em síntese: no plano da ação revisional, 'sentença contrária à evidência dos autos' equivale à absurda condenação daquele a quem as provas *cabalmente* inocentavam; é axiomático que desse gênero não participam as sentenças condenatórias fundadas em prova, que *alguns* juízes consideram suficiente e *outros*, não".[19]

Nesse sentido limitado, a revisão consiste numa operação lógico-jurídica de *verificação*. Trata-se, em última análise, de *verificar* se a sentença revidenda tem o apoio de alguma prova (uma só que seja) ou se rigorosamente nenhuma prova lhe dá suporte (sendo cabível figurar até mesmo a situação extrema em que, além de não estarem provados fato e/ou autoria, há prova da inexistência do fato imputado). Verificado que a condenação tem como supedâneo *alguma* prova, rejeita-se o pedido revisional. Verificado o contrário, dá-se o pedido por procedente, para desconstituir a condenação. Vale dizer, para absolver.

Inversamente, se for admitido que a idéia de contrariedade à evidência dos autos engloba a de insuficiência probatória, a revisão consistirá numa operação lógico-axiológico-jurídica de *reavaliação* do material probatório. Tratar-se-á, em última instância, de reabrir a avaliação crítica das provas, a mais ampla e profunda, para daí inferir ou *suficiência* inibitória do desfazimento da coisa julgada ou *insuficiência* justificadora da sua desconstituição.

4. Reexame da prova – Admissibilidade

Nesta altura, impõe-se uma digressão, para discutir o problema correlato da admissibilidade ou inadmissibilidade do *reexame* das provas, em sede revisional.

Inicialmente, parece-me razoável distinguir, por graduação de profundidade, entre *reexame* e *reavaliação* de provas, situando aquele no plano inferior de verificação objetiva, sem maior esforço ponderativo, da existência de afinidade (ou de antagonismo) entre condenação e certeza (= evidência) que os autos irradiam.

[19] *Rev. TACrimSP* 334.348/1.

Se válida essa distinção conceitual, haverá necessariamente *reexame* tanto na hipótese de *verificação* quanto na de *reavaliação* ou *revaloração*. Ousaria dizer, conseqüentemente, que é despropositado, é incorreto sustentar que em revisão inexiste espaço para o *reexame* de prova. Ainda quando se tome a idéia de contrariedade à evidência dos autos em sentido limitado (isto é, com exclusão da idéia de insuficiência probatória), será indispensável reexaminar o complexo probatório para concluir se ausente ou presente aquela situação de antítese entre condenação e certeza luminosa.

De venerando acórdão reproduzido na *Revista dos Tribunais*[20] extraem-se estes argumentos, a meu juízo irrefutáveis, no sentido de que o julgamento da revisão implica, qualquer que seja a amplitude conceitual que se atribua ao instituto, *reexame de provas*: "parece induvidoso que sem o exame das provas – vale dizer, as da própria ação penal que se quer rever – não é possível saber se a decisão foi ou não contrária a essa evidência, expressão que pode ser interpretada como decorrência de uma apreciação específica da prova, no dizer de Borges da Rosa: a evidência dos autos (...) 'é a clareza que se manifesta no conjunto dos autos, resultante do exame ou apreciação das suas diversas peças' (*Processo penal brasileiro*, 1942, IV/66)".

"Muitas e muitas revisões têm sido deferidas neste e em outros tribunais, absolvendo-se réus condenados em decisão anterior, exatamente porque nova apreciação da prova, a existente nos autos da ação penal, sem nenhum acréscimo, autorizava tal conclusão favorável. Por isso que não se pode referendar, *data venia*, o entendimento de que não se presta a revisão criminal ao simples reexame da prova."

5. Contrariedade à evidência dos autos

5.1 Acepção restrita

Tem lugar apenas naqueles casos em que a prova, *com solar claridade*, revela uma condenação insustentável, por todos os ângulos e sob quaisquer critérios, na medida em que inteiramente divorciada da prova, de tal modo que o decorrente sacrifício da coisa julgada não irá causar lesão à ordem jurídica, prestando-se, antes, a valorizá-la, prestigiá-la e solidificá-la, graças ao afastamento do erro judiciário que a comprometia seriamente.

Pretende-se que, em casos tais, mais do que mera dúvida quanto à procedência da pretensão punitiva (fundamento inaceitável para a revisão), existe certeza evidente quanto à racionalidade de sua rejeição.

(20) Fascículo criminal, capítulo reservado ao TACrimSP, vol. 711/324 *et seq.*

(20-a) "Dentro do nosso sistema nenhum juiz pode recusar o reexame da prova para descobrir, mesmo enfrentando uma prova contrária ao condenado, motivos divergentes da convicção que serviu de base à sentença condenatória, máxime sob a alegação errônea

Em maior número, comparativamente aos que emprestam ao conceito horizonte mais dilatado, adotam essa posição, na doutrina, entre outros:

Espínola Filho:

"(...) só é contrária à evidência dos autos a sentença, que não tiver qualquer base na prova dos mesmos. (...) nunca se poderá dizer contrária à evidência dos autos uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, deles constante, embora se choque com outros elementos, com a maioria destes, com a sua quase totalidade. O juiz escolheu mal? Por que não apelou o réu desprezando o recurso ordinário, que a lei lhe faculta para remediar, com a submissão superior instância, a injustiça daquela avaliação? Provém do Tribunal Superior a sentença? Se este confirmou a condenação, vemos prestigiado aquele fator, isolado no conjunto das provas, mas que, à imparcialidade de dois julgamentos, se mostrou eficiente para imposição da pena; se a absolvição, pronunciada pelo juiz singular, foi substituída pela condenação, imposta pelo tribunal de apelação, o elemento probatório, a que este deu preferência, terá tido a força de impressionar tanto a maioria dos julgadores, que não vacilaram em punir, alterando a situação favorável ao réu, que a primeira sentença estabelecera. Em qualquer caso, há um sustentáculo, para a condenação, na prova dos autos, conservada a mesma, e é o bastante para que se deva respeitar o que, fazendo a livre apreciação da prova, assentou o julgador, no curso normal do processo. E esse só elemento, aberrante dos demais, podia ser preferido, como foi, sem que a condenação seja contrária à evidência dos autos, porque basta haver ele, no sentido da condenação, para que deixem os demais de apresentar, excludente de qualquer dúvida, a clareza da inocência reclamada para o provimento da revisão. Investir contra essa decisão é, como muito exatamente focalizou o já mencionado acórdão do Des. José Duarte, arvorar-se, o tribunal da revisão, em injustificável controlador dos juízes, a que a lei dá a competência normal, para, em primeira e em segunda instância, formar o íntimo convencimento, mediante a livre apreciação da prova.

Essa avaliação livre dos elementos de prova não é atribuída ao tribunal de revisão, que se deve limitar a verificar se a condenação tem base em algum daqueles elementos, ou se é divorciada de todos eles, pois só no último caso há a sentença contrária à evidência dos autos (...)."[21]

João Martins de Oliveira:

"Para que haja afronta à evidência dos autos é necessário que a decisão não tenha base em qualquer elemento apurado e esteja em desacordo com todos os outros, justificadores de solução diferente."[22]

Magalhães Noronha:

de não admitir a natureza do recurso esta investigação da finalidade da apelação" (Des. Cunha Barreto, citado na *Rev. TACrimSP* 349.790/2).

(21) Op. cit., p. 33-35.

(22) *Revisão criminal*, Sugestões Literárias, 1967, p. 157.

"É contra a *evidência dos autos* a sentença que, ao arrepio da prova, contra a certeza da inocência do réu, demonstrada no processo, o condena. Não assim a que não se apóie na versão *predominante*, o que está de acordo com o livre convencimento do julgador. É contra a *evidência* dos autos a sentença que se divorcia de todos os elementos probatórios."[23]

Florêncio de Abreu:

"O segundo caso (decisão contrária à evidência dos autos) envolve uma espécie de apelo para *terceira instância*; examina-se em regra, pela *terceira vez*, o mesmo processo, que é julgado mediante as mesmas provas já produzidas e apreciadas em primeira e segunda instância. A lei estabelece, contudo, uma importante restrição: a sentença revidenda deve ser contrária à *evidência* dos autos – equiparando-se até certo ponto a revisão, nesse caso, à apelação das sentenças do júri, que somente são passíveis de reforma quando não encontrem apoio algum na prova existente nos autos. (Valendo dizer que) o pedido não pode ter por objeto a *insuficiência da prova*, uma vez que essa circunstância não exclui a responsabilidade do condenado, nem demonstra a sua inocência."[24]

Na mesma linha de entendimento, decidiu o Pretório Excelso, por sua Colenda 2.ª T., em votação uniforme, que "Não se pode dizer, face ao princípio do livre convencimento do julgador, que uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, contraria a evidência dos autos. Somente há decisão contrária à evidência dos autos, quando a mesma não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo" (HC 55.790, votação unânime, relator o eminente Min. Cordeiro Guerra, *Revista Trimestral de Jurisprudência* 86/442).

No mesmo sentido, a E. 1.ª T. do STF, decidindo o RE 79.966, apoiada em parecer do eminente Procurador da República, Hélio Pinheiro da Silva – forte na doutrina de Magalhães Noronha, Borges da Rosa, Bento de Faria, Ary Franco, Florêncio de Abreu e Espínola Filho –, concluiu, nos termos do voto do eminente Min. Djaci Falcão:

"A precariedade da prova, a gerar dúvida no espírito do julgador, na fase da revisão, depois de longa aferição dos elementos probatórios em duas instâncias, não autoriza, em face do nosso sistema processual, a absolvição do pleiteante" (*Revista Trimestral de Jurisprudência* 75/862 *et seq.*).

5.2 Acepção ampla

Apresenta-se o fenômeno da contrariedade à evidência dos autos *também* nos casos em que a *revaloração* da prova promove seu rebaixamento – de *suficiente*, que fora considerada na instância ordinária, para *insuficiente*, sob o prisma revisional.

(23) Op. cit., p. 383.

(24) Florêncio de Abreu. *Comentários ao Código de Processo Penal.* Forense, 1945. vol. V, p. 426-427; interpolações parentéticas, minhas.

Na doutrina, quanto pude constatar, admitem que a idéia de *insuficiência probatória* está contida na formulação conceitual de contrariedade à evidência dos autos:

Frederico Marques:

Certo é que, "se dúvidas surgirem no espírito do juiz da revisão a respeito da justiça ou injustiça da decisão, só lhe restará rescindir o aresto condenatório, desde que as dúvidas forem de tal porte que o possam levar a concluir que a imputação não ficou suficientemente provada (...) Pode-se dizer que será possível, na revisão, julgamento absolutório em todos os casos previstos no art. 386, I a VI, do CPP".[25]

Maria Elisabeth Queijo, afirmando acertada a opinião de Nilo Batista, para quem "a decisão pode amparar-se em alguma prova e assim mesmo ofender a evidência dos autos (...) se insuficiente ou inidônea a prova há sentença contrária à evidência dos autos".[26]

Roberto de Rezende Junqueira, sustentando que, verificada insuficiência de prova, a absolvição deverá ser decretada em qualquer instância, inclusive em sede de revisão criminal.[27]

Em voto proferido no julgamento do HC 68.437 (1.ª T. do STF), o Min. Celso de Mello salientou que, na revisão, "ampla a possibilidade de análise, discussão e valoração da prova, especialmente a de natureza testemunhal",[28] com o que, salvo erro de compreensão, admitiu implicitamente a absolvição por insuficiência probatória em sede revisional.

Mal compreendida tem sido a lição de Borges da Rosa, supondo-se, freqüentemente, que este doutrinador, adota, sem ressalvas, a concepção restrita de contrariedade à evidência dos autos. Ele, realmente, sustenta que "se a sentença condenatória é contrária (...) a uma parte, embora a maior dos elementos de prova, já não se pode dizer que ela é contrária à evidência dos autos". Mas a lição prossegue, ressalvando: "desde que não discrepe da verdade que se colhe claramente, *de maneira indubitável,* do conjunto das peças existentes nos autos".[29] A ênfase, pois, não está em ter ou não ter a sentença algum arrimo probatório, mas em se apresentar *isenta de dúvida* a convicção que ela expressa.

5.3 O problema da dúvida

Relativamente ao problema da *dúvida* como fundamento da pretensão desconstitutiva:

(25) Op. cit., vol. IV, p. 324-333.

(26) Maria Elisabeth Queijo. *Da revisão criminal...* Malheiros, s.d., p. 211.

(27) "A revisão e o juiz", *RT* 411/15-18, apud Maria Elisabeth Queijo, op. cit., p. 212.

(28) *RTJ* 135/698.

(29) *Comentários ao Código de Processo Penal,* 3. ed., RT, p. 737.

Foi lembrado, perceptivamente, que, no âmbito da revisão criminal, "são comuns discordâncias fáticas e jurídicas entre os integrantes de Grupos de Câmaras Criminais, uns mantendo a condenação, outros afastando-a para absolver. E em caso de eventual empate na votação prevalecerá a decisão mais favorável ao réu, previsão que sob um certo prisma reforça o entendimento de que a dúvida autoriza o deferimento do pedido revisional. Dúvida aparentemente sempre presente quando há esse empate".[30]

E foi destacado que inexiste "razão para se permitir ao juiz do recurso de apelação absolver no caso de 'dúvida' e se negar ao juiz da revisão para proceder da mesma forma".[31]

Em contraste, foi argumentado que, "bastasse à procedência da ação revisional alguma possível dúvida sobre o valor certificante da prova produzida, então, em todos os casos de julgamento colegiado condenatório, em apelação, *por maioria de votos*, seria de reconhecer, inevitavelmente, o provimento das revisões epigonais, porque se acharia, *sempre*, à raiz, o fato histórico e subsistente de uma *dúvida*; estaríamos, pois, à frente de uma curiosa hipótese de prejudicialidade lógica, em que o voto minoritário na apelação criminal deveria, de modo indispensável, impor-se no julgamento da revisão".[32]

Há mesmo quem afirme, com todas as letras, que, "'na revisão', a dúvida milita em desfavor do reu".[33]

Todavia, mesmo quem sustenta que "o argumento da dúvida não prevalece na instância revisional",[34] vê-se compelido a admitir que são adequadas "revisões

(30) *RT* 711/327.

(31) Ibidem.

(31-a) Entre outros, prevêem a predominância da decisão mais favorável ao réu, em caso de empate, os Regimentos Internos: TJ do Amapá (art. 170, § 1.º); do TJ de Goiás (art. 200); do TA de Minas Gerais (art. 112, § 3.º); do TJ da Paraíba (art. 191, *caput*); do TA do Paraná (art. 129, § 3.º); do TJ de Rondônia (art. 398, § 2.º); do TACrimSP (art. 140, § 2.º) do TJ Santa Catarina (art. 141, I). Não se conhece disposição regimental em sentido oposto.

O STF tem decidido que:

"Revisão criminal. Empate na votação, com o voto do Grupo de Câmaras. Prevalência da solução mais favorável requerente" (HC 59.863-3-SP, *RT* 566/392). No mesmo sentido, *Habeas Corpus* 52.838, 53.441 e 55.029.

(31-b) "Nenhuma razão há para se permitir ao juiz do recurso de apelação para absolver em caso de 'dúvida' e se negar ao juiz da revisão para proceder da mesma forma" (Des. Cunha Bueno, "Revisão criminal", *RT* 749/796).

(32) *Rev. TACrimSP*, 334.348/1.

(33) Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*, 5. ed., Saraiva, p. 457.

(34) José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini. Revisão criminal, de seu âmbito no direito pátrio – Inteligência da locução "Sentença condenatória contrária à evidência dos autos", *RT* 390/24-29.

nos casos em que a sentença, embora com esteio em um ou outro elemento, perante o conjunto do processo evidencie afinal, no todo ou em parte, 'uma iniqüidade insuperável'".[35]

Dizer isso, bem feitas as contas, é aceitar que aquele elemento sustentador da condenação não era suficiente para elidir a presunção de inocência (CPP, art. 386, VI).

5.4 Insuficiência probatória/Presunção de inocência

À margem, é oportuno referir interessante controvérsia em torno do binômio insuficiência probatória/presunção de inocência:

De um lado, "Há quem sustente que, em face do princípio do Estado de Inocência (art. 5.°, LVII, CF), esse inciso do Código está revogado, porque se o juiz reconhecer que não há prova suficiente, de uma forma ou de outra, estará reconhecendo que alguma prova, ainda que insuficiente para a condenação, haverá contra o acusado. E, como ele não pode ser considerado culpado, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, haveria lesão a seu estado de presumível inocência. O fato deve ser tido como não provado; deve ser considerado inexistente".

De outro, com melhor critério, sublinha-se "haver um pouco de exagero, não só no raciocínio como em sua conclusão. Ora, se o juiz, ao término da instrução, reconhece a existência de prova tênue da ocorrência do crime (fato criminoso), porém, no cotejo dessa com outras provas, vê-se diante de uma dúvida invencível, não poderá prolatar sentença condenatória, porque a dúvida milita em prol do acusado, justamente pela presunção de sua inocência.

Em suma, nenhuma incompatibilidade há entre o citado dispositivo de lei e o princípio da inocência, já que o réu não será considerado culpado, no sentido que lhe empresta a Carta Magna. Nenhuma repercussão de caráter punitivo ou constritivo da liberdade poderá decorrer dessa sentença absolutória".[36]

6. Proposta de reordenação do problema

Ouso sugerir que, sendo *meio impugnativo de substrato constitucional* a revisão, à fórmula "decisão condenatória contrária à evidência dos autos" *não* repugna a hipótese de insuficiência probatória.

Melhor dizendo, ouso sugerir que a rígida contraposição, a inflexível polarização desses conceitos, mais dificulta do que facilita a delimitação da análise

(35) Idem, ibidem, p. 30.

(36) Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, op. cit., p. 396-397.

cognitiva, na perspectiva da questão de fato, porque um transcendental instrumento apto a desconstituir a coisa julgada em face do erro judiciário não pode – é axiomático – padecer de constrangimentos cognitivos.

Na realidade, quero crer que o Juiz da revisão *não* pode:

– deixar-se enredar por dificuldades conceituais de interesse acadêmico, que, por isso mesmo, não a ele mas à doutrina cabe deslindar (e nem sempre são convergentes os interesses dela e dele, casos havendo, e não raros, nos quais ela aponta uma solução dogmática, ortodoxa, e ele abraça uma solução extranormativa ditada por razões de política criminal ou de eqüidade);

– perder de vista que a razão de ser da revisão é a necessidade de desfazer o erro judiciário, seja qual for a forma, a feição com que se apresente.

Tudo isto querendo dizer que a revisão deve ser acolhida, sempre que o Juiz descortine em seu horizonte intelectual e moral dúvida conducente à convicção de não ser a prova suficiente para a condenação.

No meu sentir, é imperativo ter bem presente no espírito que:

(A) "evidência dos autos" é, por assim dizer, aquela curiosa manifestação de claridade, que envolve o conjunto da prova e que, longe de ofuscar o observador, aguça-lhe a percepção e a apreensão da verdade, tal como sucede na epifania, levando-o a ter por certo que a decisão condenatória é inconsistente; "a evidência é, pois, a verdade manifesta".[37] De quê? De que se está na presença do erro judiciário;

(B) ora, a verdade que os autos manifestam de modo resplandecente tanto pode consistir em (B.1) certeza de que há radical antagonismo entre condenação e prova, quanto em (B.2) paradoxal certeza de que a prova não é estreme de dúvida;

(C) é inconcebível a dualidade de um juiz da apelação, *sensível à dúvida*, e um juiz da revisão, *refratário à dúvida*; a passagem da esfera ordinária para a órbita revisional não sujeita o mesmo juiz a uma metamorfose, que o levaria a ver íntegra a presunção de inocência, lá e eliminada, aqui;

(D) se o juiz da revisão verifica que a presunção de inocência não deveria ter sido afastada, porque a prova, contaminada pela dúvida, carecia de força elidente, ele obviamente não pode manter operante a decisão revidenda;

(E) se assim não fosse – quero dizer, se ele devesse *fazer de conta* que a dúvida não flutua em seu espírito –, se houvesse essa peia, o juiz da revisão não poderia formar *livremente* o seu conhecimento; ora, quem, em sã consciência, advogaria a tese de que o princípio enunciado no art. 157 do CPP não incide no terreno revisional, em que, em verdade, ele incide ainda mais larga e profundamente, porque a pesquisa de eventual erro judiciário exige, mais do que em qualquer outro lugar, a "livre apreciação da prova"?!

(37) Sérgio de Oliveira Médici, op. cit., p. 160.

6.1 Erro judiciário. Ampla averiguação

Ora, se na correção do erro judiciário concentra-se a preocupação maior do Juiz da revisão,[38] quer parecer que não o devem tolher "regras ortodoxas" ou "formalismos processuais", até porque "não há regras legais para delimitar o âmbito da 'evidência dos autos', uma vez que esta se forma por meio do exame das provas e dos elementos de convicção existentes no processo (e) esse é o motivo pelo qual se deve afirmar que não cabe traçar, a *priori,* por meio de princípios rígidos e uniformes, o que deva entender-se por condenação contrária à evidência dos autos".[39]

6.2 Erro judiciário. Conceito

Objetar-se-ia, eventualmente, que está a surgir nova dificuldade conceitual – a definição de "erro judiciário". Será uma coisa para este, outra para aquele, e estaríamos num impasse tão ou mais complexo do que o beco sem saída da exata definição de "contrariedade à evidência dos autos".

Tenho a pretensão de acreditar que não é assim e que o problema por inteiro se resolve, tendo-se em mente a noção de que condenação significa elisão da presunção de inocência.

Vejamos:

a) a presunção de inocência evola-se quando réu passa a ser considerado "culpado", isto é, quando transita em julgado a sentença condenatória (CF, art. 5.º, LVII);

b) portanto, não é de ser considerado culpado (pena de calúnia) todo aquele que, encerrado definitivamente o processo, não teve vencida a presunção de inocência;

c) ora, ao fim e ao cabo, é não-culpado assim aquele cuja presunção de inocência a prova integralmente abonou, como aquele cuja presunção de inocência a prova, no seu conjunto, não pôde vencer; não é lícito fazer distinção entre esta e aquela expressão da presunção em tela!

d) prova insuficiente para a condenação é, pois, aquela que debilita, mas não tem força para vencer a presunção de inocência que milita em favor do réu.

Dessas premissas extrai-se uma só conclusão: corporifica-se o erro judiciário na verificação de que, bem valorada a verdade dos autos, não era de reputar

(38) Sobre o tema, consultem-se: Espínola Filho, op. cit., p. 15; José Frederico Marques, op. cit., vol. IV, p. 306; Walter Acosta, op. cit., p. 373; Magalhães Noronha, op. cit., p. 381; Maria Elisabeth Queijo, op. cit., p. 79 *et seq.*; Rogério Lauria Tucci, op. cit., p. 457.

(39) José Frederico Marques, op. cit., vol. IV, p. 324.

vencida a presunção de inocência, fosse porque inexistente prova elidente, fosse porque não elidente a prova existente (= insuficiente para o efeito).

6.3 Erro judiciário/Presunção de inocência/In dubio pro reo

Comentando o inc. LVII do art. 5.°, o insigne constitucionalista Celso Ribeiro Bastos observa que "o princípio da presunção de inocência guarda proximidade com o do *in dubio pro reo*. Nada obstante o fato de se tratar de um direito individual, portanto destinado a proteger uma situação subjetiva, o princípio em questão não deixa de ter uma outra vertente, esta voltada para o juiz no sentido de impor ao magistrado pronunciar-se de forma favorável ao réu, toda vez que não tiver certeza quanto aos fatos decisivos postos em controvérsia", e acrescenta: "Canotilho, ao comentar o dispositivo análogo na Constituição Portuguesa (...) considera o princípio ali estatuído associado com o da *nulla poena sine culpa*", de considerar "violado se, não estando o juiz convencido sobre a existência dos pressupostos de fato, pronuncia uma sentença de condenação. Os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo* constituem a dimensão jurídica processual do princípio jurídico material da culpa concreta como suporte axiológico normativo da pena".[40]

Aí está: prova duvidosa não elide a presunção de inocência.

7. Conclusões

– Na revisão, o que se impõe verificar, mediante reexame valorativo da prova, é se esta tinha realmente força para elidir a presunção de inocência.

Se, (re)passando a decisão condenatória no crivo da prova, o juiz da revisão vê-se diante da revelação fulgurante de que constitui erro dar por eliminada a prova da inocência, o pedido há de ser julgado procedente. E a tanto se chega quer na hipótese de se verificar inexistente prova da materialidade e/ou autoria (quando seria apropriado dizer que virginalmente intacta a presunção de inocência), quer na eventualidade de se verificar existente prova com aptidão apenas para enfraquecer aquela presunção. Fortalecida pela prova ou por ela não mais do que enfraquecida, em *ambos* os casos o imperativo ético-jurídico do restabelecimento da presunção de inocência sobrepuja o interesse na preservação da coisa julgada. Pouco importa, então, que se tome o conceito de contrariedade à evidência dos autos em maior ou menor extensão. Decisão que tenha afastado a presunção de inocência sem autorização da prova (= inexistência de prova elidente ou existência de prova sem vigor elidente) é decisão contrária à evidência dos autos. É patente erro judiciário.

(40) *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1989, vol. 2, p. 278-279.

É disso que se trata, verdadeiramente. Não de estar o juiz prisioneiro numa teia de noções obscuras, imprecisas e, por isso mesmo, controvertidas, que sirvam apenas para embotar a percepção do que efetivamente conta e interessa – a averiguação de erro judiciário.

– Na revisão, o desfecho absolutório pode articular-se a qualquer dos incisos do art. 386 do CPP.

– Para conforto da consciência jurídica (do Juiz, da Câmara, do Grupo de Câmaras, do Tribunal Pleno, do Poder Judiciário, da Nação), a eliminação da possibilidade de estar a sentença contaminada pelo erro judiciário deve ser perseguida até onde possam ir as forças humanas, de sorte que caberia admitir, por via de conseqüência, a reabertura da instrução,[41] estendendo-se analogicamente ao campo revisional a faculdade expressa no art. 616 do CPP.

Finalmente:

– A sacralidade da coisa julgada não deve projetar uma sombra paralisante no esforço revisional, pois "a ruptura ou quebra da coisa julgada, pela revisão", deve ser concebida "como um vírus vacínico ou um contraveneno, ministrado no interesse da própria subsistência do instituto da coisa julgada, de inegável necessidade social, pois restaria ele inteiramente desacreditado, quando impossível a correção de clamorosos erros judiciários que, com a imutabilidade das sentenças transitadas em julgado, se pretendesse justificar aos olhos do povo".[42]

Bibliografia

ABREU, Florêncio de. *Comentários ao Código de Processo Penal.* Rio de Janeiro : Forense, 1945. vol. V.

ACOSTA, Walter. *O processo penal.* 18. ed. Editora do Autor, 1989.

AZEVEDO FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de. "Revisão criminal, de seu âmbito no direito pátrio – Inteligência da locução 'Sentença condenatória contrária à evidência dos autos'". *RT* 390/24-29.

BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo : Saraiva, 1989. vol. 2.

DEMERCIAN, Pedro e MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal.* São Paulo : Atlas, 1999.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro.* Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1944. vol. VI.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal.* 5. ed. São Paulo : Saraiva.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Campinas : Bookseller, 1997. vol. IV.

(41) Nesse sentido, Maria Elisabeth Queijo, op. cit., p. 242.

(42) Jorge Alberto Romeiro, op. cit., p. 66.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal.* São Paulo : RT, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado.* 5. ed. São Paulo : Atlas, 1997.

———. *Processo penal.* 5. ed. São Paulo : Atlas, 1996.

QUEIJO, Maria Elisabeth. *Da revisão criminal – Condições da ação.* São Paulo : Malheiros, 1998.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal.* São Paulo : Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, vol. 2.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo : Saraiva, 1993.

2.3

DEMOCRACIA E CIDADANIA NO BRASIL

MIGUEL REALE JÚNIOR

SUMÁRIO: 1. O público e o privado – 2. A argumentação falaciosa e os "interesses da sociedade" – 3. A atual inefetividade dos direitos fundamentais – 4. A falta de coesão social e a estrutura política – 5. Busca de caminhos.

Resumo: O tema "democracia e cidadania no Brasil" faz aflorar as contradições mais contundentes que caracterizam a história de nosso País. A principal contradição encontra-se em nossa estrutura escravocrata.

Caracterizou nossa *mentalidade* ora o desprezo à lei – "a lei, ora a lei" –, para preservar e garantir a permanência da escravidão, ora a submissão à lei, a escravidão à letra da lei para perpetuar a ordem escravocrata, em plena influência do pensamento político liberal.

A mesma distância entre o direito individual consagrado na Constituição e a sua efetividade perdura no Brasil do início do século XXI, com a confusão entre o público e o privado.

O Brasil, de mais de oito milhões de quilômetros quadrados, transformou-se, nas duas últimas décadas, no país das grandes cidades, e a desorganização social é a marca mais impressionante que conduz à ausência do sentido de cidadania.

Estado e Comunidade deve ser o binômio básico, pois só pela interação de ambos na formulação e consecução de políticas sociais construir-se-á a cidadania.

Palavra-chave: Cidadania.

1. O público e o privado

O tema "democracia e cidadania no Brasil" faz aflorar as contradições mais contundentes que caracterizam a história de nosso país. Desde a independência de Portugal, em 1822, vigora uma endêmica instabilidade política e baixo índice de real exercício da cidadania por parte da maioria da população, ao lado de um discurso liberal que se contenta, todavia, mais com a coerência das idéias do que com a sua efetividade.

De forma inusitada combinam-se a estrutura estamental da sociedade brasileira e a sua provisoriedade e instabilidade,[1] conduzindo à sensação esquizofrênica

(1) Assim assinala Fernando Novais, para quem a sociedade colonial estratificava-se de forma estamental e apresentava intensa mobilidade, pois o senhor, dono de terras e de

de contínua existência de duas realidades que convivem, malgrado aparentemente sejam inconçiliáveis.

A principal razão de ser dessa antinomia está em nossa estrutura escravocrata.[2] O liberal-escravismo deixou profundas marcas na forma de ser da sociedade brasileira, em estranha comunhão da defesa intransigente das liberdades políticas, pelas mais diferentes lideranças durante o Império, com a concomitante e arraigada justificação "patriótica" da escravidão, o que constitui uma hipocrisia constante de nossa história social. Ao analisar o significado do termo liberalismo durante o Império, Bosi entende que fundamentalmente liberalismo consistiu na conservação das liberdades antilusitanas exclusivamente para os membros do estamento governamental, sem ampliar-se e estender-se a cidadania, que jamais alcançaria a grande parcela da população subalterna[3] sem estendê-la, verificando-se a conveniência contínua dos contrários, manifestada em diversos aspectos da nossa vida cotidiana.

O rigor do trabalho e disciplina da escravidão,[4] marcado pelos maus-tratos, misturava-se com a proximidade que, por vezes, temperava a dominação senhor-

outros homens, os escravos, deveria ser um industrial e comerciante, produzindo para vender para fora, vivenciando uma situação de ambigüidade. "Condições da privacidade na colônia", na coletânea *História da vida privada no Brasil*. São Paulo : Cia. das Letras, 1998. vol. 1. p. 30 *et seq*.

(2) Destaco três ambigüidades que ferem fundo a sensibilidade da sociedade brasileira, e que decorrem da ordem escravocrata: a primeira, com a manutenção da condição de escravo do filho do senhor havido com sua escrava, entendimento esse prevalecente em nossos Tribunais, malgrado a luta contra essa orientação empreendida pelo Instituto dos Advogados, em especial por Perdigão Malheiro; a segunda, a circunstância por vezes verificada do filho alforriado ter por escrava a mãe recebida em herança, caso relatado por Robert W. Slenes, em "Senhores e subalternos no oeste paulista", na coletânea *História da vida privada*, São Paulo : Cia. das Letras, 1998. vol. 2. p. 234 *et seq*. A terceira ambigüidade, vivida em razão da prática de capoeiragem por parte de negros libertos por terem se alistado no Exército, e que, ao retornarem da Guerra do Paraguai, como heróis da Pátria, não poderiam ser presos como vadios. A sociedade devia a eles, negros, a vitória no campo de batalha, mas não lhes outorgava cidadania e condição de igualdade jurídica e moral, apesar de se constranger em puni-los por vadiagem, forma pela qual se reprimia a capoeiragem. Carlos Alberto Libano Soares. *A negregada instituição, as capoeiras no Rio de Janeiro*. Coleção Biblioteca Carioca. Rio de Janeiro, 1994.

(3) Alfredo Bosi. *Dialética da colonização*. 3. ed. São Paulo : Cia. das Letras, 1996. p. 199.

(4) Gilberto Freyre, op. cit., p. 207. Como anota Hermano Vianna, a expressão democracia racial não aparece na obra de Gilberto Freyre, afirmando Vianna que o mito da democracia racial decorre de uma leitura apressada de *Casa Grande & Senzala*, obra na qual se encontram trechos infernais sobre o sadismo e violência no tratamento dos escravos. ("Equilíbrio e antagonismos", artigo publicado no Suplemento Mais, da *Folha de S. Paulo*, de 13.03.2000, p. 21). Jacob Gorender, op. cit., p. 57; Luiz Guilherme Moreira Porto, "A legislação penal da escravidão", na *RT* 777, p. 490.

escravo, especialmente com relação ao escravo doméstico, com o qual se estabelecia uma relação pessoal.[5]

Da mesma forma, a dominação e o enclausuramento da mulher eram coetâneos com seu endeusamento romântico, circunstância tão perspicazmente denunciada por Tobias Barreto.[6] A alegria expansiva de um lado, graças à bonomia dos negros, achava contraste no ensimesmamento e retraimento do caboclo. A conciliação dividia espaço com a violência, como ressalta José Honório Rodrigues.[7] A sofreguidão do uso imediato da terra, o nomadismo do caipira, que, para a usufruir mais rápida e preguiçosamente, lançava mão da coivara – isto é, da queima e esgotamento da terra –, contrastavam com a estabilidade do engenho e da "casa-grande".

Se Gilberto Freire aponta como elemento definidor da unidade nacional a estrutura patriarcal de nossa sociedade,[8] por outro lado cabe ponderar que a multiplicidade e conjugação de formas de ser e de sentir eram possíveis, reunindo-se o diverso e o contraditório sob um mesmo teto, graças a um denominador comum, um traço uniforme no comportamento do estamento governamental no Brasil ao longo do tempo e em todos os cantos, e perante o qual são indiferentes todas as diferenças: a identidade *entre o público e o privado*, prevalecente desde as nossas mais fundas origens, e que perdura até os dias de hoje.

Essa supremacia dos interesses particulares sobre o interesse geral é para Gilberto Freyre ostensiva na formação brasileira.[9] Os poucos que dirigem o País não o fazem em favor da maioria. No Estado patrimonialista, "a minoria exerce o governo em nome próprio",[10] e o exercita não em prol da Nação, mas segundo o interesse particular, como coisa privada. Assim, até diferenças e conflitos no plano das idéias entre os partidos era incompreensível, pois tudo se reduzia "a um loteamento de cargos influências e honrarias".[11] E é conhecida a frase: nada mais parecido com um "saquarema" (conservador) do que um "luzia" (liberal).

Todas essas contradições próprias de uma sociedade instável mas estamental são, portanto, acolhidas, pois não interferem, no essencial, ou seja, na forma como as elites detentoras do poder entrelaçavam o público e o privado. Isso justifica falar Sérgio Buarque de Holanda em "cordialidade" como traço essencial da

(5) Jacob Gorender. *O escravismo colonial*. São Paulo : Ática, 1992. p. 272.

(6) Tobias Barreto. *Estudos de direito, II*. Rio de Janeiro : Record. p. 54.

(7) Honório Rodrigues. *Conciliação e reforma no Brasil*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1965. p. 30. A conciliação efetuava-se na tolerância cotidiana e na mestiçagem desenfreada, e a massa negra, mestiça ambivalente, pois conciliadora nas relações humanas, era ora conformada, ora dando mostras de inconformismo radical e de rebelião, sendo, então, vítima de violenta repressão por parte da classe dominante.

(8) Gilberto Freyre. *Sobrados e Mocambos*. Rio de Janeiro : Record, 2000. p. 752.

(9) Idem, ibidem, p. 199.

(10) Raymundo Faoro. *Os donos do poder, 1*. São Paulo : Globo-Edusp, 1975. p. 88 *et seq.*

(11) Alfredo Bosi, op. cit., p. 220.

brasilidade; "cordialidade", no entanto, que significa tratar a coisa pública com os critérios do particular, isto é, do privado. Desde a nomeação de um delegado de polícia, até a eleição de um senador do Império, as decisões eram ditadas pela prevalência do interesse privado sobre o interesse geral.[12]

Dá-se um corte por cima, com uma divisão precisa entre o estamento, os que mandam e conformam a sociedade, e os situados abaixo do corte, os destinatários do poder, que pouco podem interferir "na formação da vontade estatal".[13]

Na solução das questões de governo jamais se desconhecia – como ocorre ainda hoje – a necessidade de satisfazer o clã político.[14]

Ausente a dimensão do interesse geral, a superação dos eventuais conflitos podia ser facilmente alcançada pela conciliação dos interesses, atendendo-se à satisfação do maior número de apaniguados, em um acordo tácito entre os "donos do poder", os membros do estamento, o que culmina por perenizar a desigualdade e a exclusão social.

Passados 170 anos de nossa independência, na essência, o exercício do poder sofreu, na verdade, alterações não muito significativas. Basta lembrar os fatos de 2001. Liberam-se verbas significativas para projeto de criatórios de rãs de interesse de parentes de autoridades federais, ou aprovam-se, com distribuição de benesses, projetos em valor vultoso com relação aos quais se sabe haver interesse de governador de pobre Estado do norte do país. Para se ter poder de barganha, desdenha-se do respeito à inviolabilidade do voto e líderes políticos quebram o sigilo de uma votação no Senado Federal, com a intenção de ter controle indevido sobre seus pares. O privado e o público sempre se misturam, e logo o público vem a ser utilizado a serviço do privado.

E perduram as condições políticas e sociais que proporcionam a inefetividade da cidadania e a desigualdade social.

2. A argumentação falaciosa e os "interesses da sociedade"

Em 1831, na Regência de Feijó, instituíra-se lei segundo a qual todo africano introduzido no País após aquela data seria considerado livre. Algumas decisões

(12) Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo : Cia. das Letras, 2001. p. 146; José Honório Rodrigues, op. cit., p. 75, segundo o qual os "negócios particulares conjugavam-se às finanças do Estado", sem que adviesse qualquer vantagem para o povo.

(13) Raymundo Faoro. *Os donos do poder*, 2, cit., p. 741.

(14) Até mesmo na repressão à capoeiragem prevalecia o critério do clã. A malta, grupo de capoeiros, que jogavam capoeira, ligada ao Partido Conservador, era presa com a subida dos liberais ao poder e vice-versa, a malta que apoiava os liberais era detida quando os conservadores ascendiam ao poder. Sobre a capoeiragem veja-se, em especial, Carlos Alberto Libano Soares, op. cit., p. 195; e Gilberto Freyre, op. cit., nota 63, p. 551-588.

foram proferidas pelo STJ, então a mais alta Corte do País, no sentido da concessão da liberdade aos negros que, comprovadamente, haviam sido trazidos para o Brasil depois de 1831. Mas é consabido o quanto houve de tráfico negreiro até 1850, com a entrada de milhares de negros[15] para alimentar de mão-de-obra a nascente produção cafeeira. Nabuco de Araujo, pai de Joaquim Nabuco, em 1853, então Ministro da Justiça, em Aviso Ministerial, tornou sem "vigência" a Lei de 1831, argumentando que, embora nada fosse mais negativo a uma ordem jurídica do que a não-aplicação de uma lei, no caso da lei de 1831, maior era o prejuízo que decorreria à sociedade se viesse a lei a ser aplicada, razão pela qual, por aquele Aviso, considerava "sem vigência" a lei formalmente vigente, libertadora dos negros entrados no País após 1831.

Evaristo da Veiga, o liberal antiregressista, opositor de Bernardo Pereira de Vasconcellos, já assinalara a inadmissibilidade do princípio da soberania popular, com considerações legitimadoras da desigualdade,[16] ao afirmar que "o direito igual dos indivíduos à soberania e o direito de todos os indivíduos de concorrer à soberania é falso (...) porque introduz a igualdade onde não existe".

Em 1882, um ano antes da abolição da escravatura em Pernambuco, que data de 1883, embora já atuante a campanha abolicionista especialmente por meio da atividade de Joaquim Nabuco,[17] o Tribunal de Relação negou a uma menina negra – a escrava Honorata[18] – o direito de salvaguarda de sua integridade sexual, ao absolver seu dono, que a violentara, com argumentos que hoje nos horrorizam, ditados pelo Desembargador Freitas Henriques, que, logo a seguir na República, viria a ser o primeiro presidente de nossa Corte Suprema, o STF.

Estabelecia o então Código de Processo Penal que só o senhor poderia dar queixa pelos crimes cometidos contra seus escravos, argumentando, a defesa do

(15) Alfredo Bosi, op. cit., p, 196. O autor menciona que entre 1830 e 1850 foram trazidos para engenhos e fazendas cerca de 700 mil africanos. Joaquim Nabuco considera que entre 1831 até 1856, data em houve o último desembarque de africanos, "pelo menos um milhão de escravos entraram para o nosso País sob as vistas das autoridades". Como assinala, a lei nunca foi cumprida (*A escravidão*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1999. p. 80 *et seq.*) Joaquim Nabuco pergunta, então, quantos seriam os escravos legalmente possuídos no Brasil se se considerar vigente a lei de 07.11.1831 (*O abolicionismo*. Petrópolis : Vozes, 1988. p. 83). Sobre a discussão havida acerca da vigência da Lei de 07.11.1831, veja-se Joseli Maria Nunes Mendonça. *Entre a mão e os anéis*. Campinas : Unicamp, 1999. p. 170 et seq.

(16) Alfredo Bosi, op. cit., p. 217. Evaristo da Veiga, doutra parte, considerava ser uma das maiores abominações o pai-senhor vender os filhos-escravos havidos com suas próprias escravas (Jacob Gorender, op. cit., p. 344).

(17) Joaquim Nabuco. O abolicionismo, cit., passim.

(18) Lenine Nequete. "As relações entre senhor e escravo no século XIX: o caso da escrava Honorata", na *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 53, jul. 1981, p. 223 *et seq.* O Tribunal de Relação corresponde, hoje, ao Tribunal de Segunda Instância.

estuprador da pequena escrava de 13 anos, que o Ministério Público não teria legitimidade para iniciar o processo. Argumentava-se mais, que, se assim se entendesse – dando-se legitimidade para o Ministério Público agir contra o senhor em face de fatos praticados contra seus escravos – se instituiria "a desordem e o caos social". Ademais, se entendia ser inadmissível aceitar as declarações da escrava, *sponte sua*, sem a ciência de seu dono, "como se a escrava tivesse personalidade jurídica e pudesse figurar em juízo".

E dizia no acórdão o futuro presidente do STF que, apesar da humanitária campanha abolicionista, "enquanto no País houver escravos é manifesto que os direitos dos senhores sobre os mesmos escravos não podem deixar de ser regulados por leis especiais ou peculiares em razão de não tratar-se de igual para igual, pela superioridade legal e moral que aqueles têm sobre estes".

Os escravos, reconhece o acórdão, são, pela Constituição, "artigos de propriedade", meros semoventes, sem vontade nem personalidade jurídica, pois "privados de direitos civis, não têm os escravos o direito de propriedade, o de liberdade, o de honra e o de reputação, seus direitos reduzem-se ao da conservação e da integridade de seu corpo".

Mesmo reconhecendo ser o fato "asqueroso", "ofensivo a uma sociedade bem constituída e livre", decidia-se, em face da legislação vigorante, específica e própria para a escravidão, pela anulação do processo instaurado pelo Ministério Público. E vangloriava-se, então, o Desembargador-relator, de se declarar "escravo da lei", "pois não pode haver maior glória para o Magistrado do que confessar-se escravo das leis". Dessa forma, para gáudio da lei e glória de seu obediente aplicador, tornava-se impune o ato reconhecidamente abjeto do estupro de uma menina negra de treze anos perpetrado pelo seu senhor, já que a lei processual não dava direito ao escravo, destituído de personalidade jurídica, de ir a Juízo sem ser representado por seu senhor.

Aí está o paradoxo revelador e conformador de uma *mentalidade*: ora o desprezo à lei – a lei, ora a lei –, para preservar e garantir a permanência da escravidão, ora a gloriosa submissão à lei, a escravidão à letra da lei para perpetuar a ordem escravocrata,

O traço identificador da mentalidade não está apenas na substância das decisões, ou seja, na manutenção da escravatura e da ordem escravocrata, mas antes na forma de justificação dessas decisões: aos consabidos alicerces de uma sociedade livre e civilizada, postos no plano da idealidade, com a louvação, de um lado, dos sagrados princípios humanitários e cristãos, a igualdade entre os homens e a segurança jurídica, contrapunha-se, sem pejo, no plano da efetividade, a manutenção do regime escravista.

Lançavam-se fora, hipocritamente, os mais elevados princípios, mediante o falacioso argumento da realidade conveniente ao "interesse da sociedade", ou seja, o interesse específico da classe hegemônica, reconhecendo-se como legítimo o que a olhos vistos era abjeto.

3. A atual inefetividade dos direitos fundamentais

A mesma distância entre o direito individual consagrado na Constituição e a sua efetividade perdura no Brasil de início do século XXI, malgrado de modo menos explícito do que no Império, cuja Carta proibia em seu art. 179 a pena de açoites, enquanto tal sanção era a preferencialmente cominada aos escravos pelo Código Criminal de 1830, no seu art. 60.[19]

Recente levantamento socioeconômico da sociedade brasileira trazido à luz pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia Econômica) indica as profundas desigualdades que marcam a nossa sociedade, malgrado os avanços consistentes ocorridos especialmente no acesso à educação fundamental.[20]

A desigualdade econômica, devida à distorcida concentração de renda que faz com que 10% dos mais ricos possuam mais de metade da riqueza nacional, corresponde a uma gritante e constrangedora desigualdade no exercício efetivo de direitos individuais, civis e políticos.

Porém, revelando a seqüela dos quase quatro séculos de escravidão, ainda hoje, os mais desprovidos de direitos fundamentais são os negros, pois deles 21% são analfabetos.[21] A esses soma-se o elevado percentual de pessoas instrumentalmente analfabetas, ou seja, dos que apenas aprenderam a escrever o nome, sem a prática da leitura e da escrita.

Hoje a tortura constitui, pelo art. 5.°, XLIII, da Constituição, crime inafiançável, insuscetível de graça ou anistia, agora tipificado e gravemente punido segundo a Lei 9.455, de 07.04.1997. Porém, sua prática pelos órgãos policiais é uma constante, pela informação do ex-Ouvidor da Polícia de São Paulo Benedito Domingos Mariano,[22] também Secretário-Geral do Fórum Interamericano de Direitos

(19) Jacob Gorender, op. cit., p. 368, nota 92, *in fine*.

(20) Relatório IBGE, publicado parcialmente pelo caderno Cotidiano da *Folha de S. Paulo*, de 05.04.2001. Segundo o relatório, a desigualdade é a marca maior de nossa sociedade. Em 1999, tal como em 1992, o rendimento dos 10% mais ricos cresceu a mesma coisa percentualmente como o rendimento dos 40% mais pobres. O que indica que o fosso aumentou. No entanto, o índice de escolarização teve significativo aumento, beneficiando os mais pobres (*O Estado de S. Paulo*, de 08.04.2001, p. A12).

(21) Dos brasileiros, 5,4% se declararam negros, e 39,9% pardos. As taxas de analfabetismo entre negros e pardos ainda são quase três vezes maiores do que entre os brancos. Em 1999, 8,3% dos brancos eram analfabetos, enquanto 21% dos negros e 19,6% dos pardos eram analfabetos. A renda dos pretos e pardos cresce 0,53% do salário mínimo, enquanto os brancos têm sua renda aumentada em 1,25% do salário.

(22) "A lei que tipifica a tortura e sua aplicabilidade", publicação da Ouvidoria da Polícia. Mariano revela que talvez não se tenha em todo o território nacional mais de dez casos de agentes indiciados ou denunciados pela prática da tortura, sendo certo, todavia, que "subsista a tortura no cotidiano das delegacias e prisões". Em matéria intitulada "Brasil ainda evita aplicação de lei antitortura", denuncia-se que as vítimas são em geral os mais pobres, e, segundo a Comissão de Direitos Humanos da ONU, a tortura é prática

Humanos, vitimando apenas pessoas dos extratos mais baixos da sociedade. Poucos, no entanto, são os inquéritos ou processos instaurados por crime de tortura.

Ao lado da violência policial entre quatro paredes, por parte da polícia judiciária, e a céu aberto pela polícia militar, ainda grassa como endêmica a corrupção na fase investigatória, transformando-se o uso legítimo da repressão penal em meio de coação contra culpados e inocentes para a obtenção de vantagens, fazendo com que a população tema tanto ou mais a polícia do que a delinqüência. A polícia, destituída de orgulho profissional, despreparada cientificamente para a apuração da autoria dos delitos, gera na população pobre dos grandes centros ainda maior sensação de insegurança, pois extremamente baixo é o percentual de delitos violentos cuja autoria é desvendada.

O direito à segurança, como o mais elementar a ser garantido pelo Estado para a certeza da fruição dos demais direitos, é sonegado ao conjunto da população, em especial a mais carente, em virtude da violência e inoperância policial, inobstante o esforço de alguns membros das duas corporações em aprimorar suas instituições.

Se a Constituição de 1988 gerou maior demanda ao Judiciário em busca de tutela de seus direitos por parte dos administrados, todavia, o acesso à Justiça encontra-se ainda inatingível para grande parte da população. Primeiramente, é necessário lembrar que o Brasil, de mais de oito milhões de quilômetros quadrados, transformou-se, nas duas últimas décadas, no país das grande cidades, com acentuadas diferenças de qualidade de vida, a mais elevada pobreza convivendo com a mais sofisticada fruição de bens supérfluos A desorganização social, no entanto, da periferia das grandes cidades, constitui a marca mais impressionante desses imensos bolsões de miséria.

Nesse mundo da periferia das grandes cidades há ausência do Estado e ausência de formas de consecução dos direitos fundamentais. A especulação imobiliária, a falta de registro de propriedade ou de posse do terreno, as construções irregulares e loteamentos clandestinos, sem arruamento, calçamento, guia e sarjeta, água e esgoto, vêm a ser o panorama dos bairros distantes do centro das grandes cidades.

Famílias conduzidas pelas mães, mulheres abandonadas por seus companheiros, que com heroísmo tornam-se as únicas responsáveis pelos filhos, caracterizam cada vez mais a população da periferia. Nesse universo de desorganização social,[23] o Estado passou a ser substituído pela ação da vindita privada, por uma

generalizada contra parcelas mais pobres da população (*O Estado de S. Paulo,* de 22.04.2001, p. C6). Em seu relatório sobre a tortura no Brasil, o Relator Especial da Nações Unidas Nigel Rodley conclui que "a lei de tortura é virtualmente ignorada", e detalha, então, numerosos casos de tortura, com horríveis condições das prisões, além da falta de esforço das autoridades para lidar com o problema (Sumário Executivo preparado pelo Centro de Justiça Global <www.global.org.br>).

(23) O Instituto de Geografia e Estatística, IBGE, mostra que, em São Paulo, a maior e mais rica cidade do País, há mais de 370.000 barracos, com 2.450 loteamentos irre-

justiça feita com as próprias mãos por razões de somenos, em uma banalização da vida, denunciada pelo grande número de chacinas, que só em São Paulo vitimaram mais de 300 pessoas no ano de 2000.

Não há cidadania onde inexiste Justiça, onde inexiste consciência dos próprios direitos, onde inexiste modo de se vir a saber dos próprios direitos e de ter acesso a pretendê-los obter pela correta intermediação do Estado. A falta de assistência jurídica e a ausência do Poder Judiciário, que deve ter, além da proximidade física com a população, disponibilidade para o atendimento das pessoas humildes, faz da Declaração de Direitos do art. 5.° da Constituição mais um sinal do reino da não-efetividade, um horizonte distante, usufruído no plano da realidade apenas pela classe dos que fizeram a Constituição, e não por todos que, idealmente, seriam os seus destinatários.

A polícia, que constitui o poder posto nas ruas, age repetidas vezes para buscar vantagens e não para identificar, sem tortura, os responsáveis pelos delitos. Assim, o mais palpável poder, o mais visível poder aos olhos do povo é muitas vezes exercido para a satisfação pessoal do agente público, que atua *pro domo sua.*

Não se pode deixar de registrar, pois essa é uma realidade gritante do dia-a-dia, o clima de guerra civil existente nas grandes e médias cidades brasileiras, nas quais vivem cerca de 2/3 de nossa população, vitimada pela desorganização social, pela desigualdade, onde convivem os que têm e os que não têm cidadania, as escravas Honoratas sem direito a ver preservada sua integridade corporal e moral, e os senhores, donos de seu corpo e de seu destino.

O assalto à mão armada que atinge pobres e ricos, até mesmo os mais pobres, nos pontos de ônibus, significa a busca da solução rápida para a satisfação do desejo de possuir por via do desrespeito mais absoluto ao próximo, constrangendo-o, pela ameaça de um revólver, a conceder parte de seu patrimônio. O assassinato do desafeto e de seus circunstantes, como na chacina, por razões desimportantes – por exemplo, o não pagamento de uma dívida –, revela a insensibilidade moral que sobrepõe o poder de exigir a prestação pecuniária à vida do devedor.

É esse o quadro de desorganização social favorecedor da acentuação do desrespeito aos direitos individuais das pessoas mais modestas.

4. A falta de coesão social e a estrutura política

A sociedade brasileira sempre se caracterizou, em razão de suas condicionantes geográficas e culturais, pelo mais extremo individualismo, sendo pequena

gulares, havendo crescimento desordenado com cerca de 500 mil domicílios em situação precária (*O Estado de S. Paulo*, de 22.04.2001, p. A3, editorial, "Ordenamento de fachada").

a taxa de coesão social,[24] de espírito comunitário indicador de uma solidariedade catalisadora dos seus membros em torno de um interesse coletivo. As entidades paradigmas da sociedade civil tiveram destaque apenas durante a ditadura, na falta dos tradicionais canais institucionais, como os partidos políticos. Restabelecida a democracia, essas entidades perderam perante a população a força de representá-la, pois o papel de contestação do regime militar terminara com o mito da escolha eleitoral dos governantes.

A falta de senso associativo da individualista sociedade brasileira, desde os primórdios mercantilista e extrativista, não é de modo algum compensada pela representação política e partidária em regime presidencialista, caracterizado por baixa participação da população na discussão e formulação das políticas públicas e com o sistema eleitoral proporcional.

Por outro lado, o atual crescimento das entidades não-governamentais, hoje da mais variada espécie, não tem o condão de interferir, senão de modo efêmero, no processo decisório para a fixação de prioridades da ação governamental, a não ser quando a matéria passa a ser de interesse da mídia, especialmente a televisiva.

Instalou-se com Fernando Henrique Cardoso um presidencialismo tolerante: de um lado um presidencialismo forte, na medida em que as decisões no plano econômico-financeiro prevalecem sob o signo da estabilidade da moeda, graças à adoção de medidas provisórias, que garantem o processo legislativo sem o Congresso; de outro lado, contudo, um presidencialismo politicamente fraco, pois a crise perene de ingovernabilidade só é superada pela concessão contínua do atendimento a reivindicações individuais dos membros da chamada "base governista".

O Congresso é forte enquanto não tem responsabilidade, não podendo ser sancionado com sua dissolução. Sua fraqueza diante das medidas provisórias é compensada pela força da intimidação investigativa, com a instalação de comissões parlamentares de inquérito. A adesão ao presidente, ou o seu abandono, pelo Congresso, varia ao sabor dos fatos e das conveniências político-eleitorais. Os partidos no Congresso são constituídos, no mais das vezes, por representantes de grupos de interesse, não por defensores dos interesses gerais, como idealizava o Abade de Seyès, mas sim por simples portadores de mandatos imperativos, que labutam para a satisfação dos nichos regionais, econômicos ou profissionais que representam.

A dança entre os partidos, portanto, nada prejudica ao parlamentar, que representará igualmente, nessa ou naquela agremiação política, os interesses de setores do Poder Público, tais como o Ministério Público, a Magistratura, a Polícia Civil e Militar, ou parcela da classe produtiva, como os ruralistas, ou os bancos, ou as empreiteiras, ou grupos de feição religiosa, como os evangélicos.

(24) Sérgio Buarque de Holanda, op. cit., p. 33.

O governo, no quadro desse presidencialismo congressual que se instalou no período Fernando Henrique, busca a governabilidade – verdadeiro nó górdio da nossa história republicana – não pela fiel adesão a um programa de governo, compartilhado, mas na "pescaria de varejo" a cada decisão importante, por meio do atendimento aos interesses clientelísticos, regionais ou corporativos dos membros do Congresso Nacional.[25]

Por sua compreensão da política como "a arte da tolerância e da negociação", Fernando Henrique Cardoso jamais atua em relação direta com a população, talvez até mesmo receoso e com pudor de uma ação populista demagógica. Mas, assim, o presidencialismo perde o seu único possível mérito, qual seja o de permitir, com as devidas cautelas, que o presidente, sem ser pretoriano, seja o intérprete fidedigno dos interesses gerais, e por isso capaz de fazer face aos interesses corporativos e clientelísticos presentes no Congresso, como inafastável decorrência de um processo eleitoral que promove a assunção apenas dos representantes dos grupos mais fortes ou de "vereadores federais", que encarnam os interesses, tão-só, de seu reduto.

Soma-se a tudo isso a corrupção nos diversos níveis da administração pública, que atinge até mesmo o Judiciário, acentuando-se a confusão entre o público e o privado. Nem mesmo o *impeachment* de Collor ou a CPI do Orçamento, que decapitou lideranças políticas de peso, amedrontaram a ganância de apropriação do dinheiro público, pelo desvio de verbas, pelas compras com sobrepreço, pela exigência de comissões, feitas sempre com a escusa de engordar caixas eleitorais. Perante as novas gerações, portanto, a participação política torna-se sinônimo de interesse escuso, jamais de interesse em prol do bem comum.

A corrupção, além do mais, anda de mãos dadas com o desperdício das obras inacabadas ou da falta de controle da repartição das receitas, e da impossibilidade de correta aplicação dessas receitas pelos municípios menores, destituídos de pessoas qualificadas nas tarefas-meio, desde a competência técnica para a elaboração de planejamento orçamentário até a escolha do que seja prioritário para a comunidade.

Perdura, nos dias de hoje, no mundo pós-industrial das grandes cidades e das comunicações em tempo real, do avanço tecnológico, a confusão acima apontada entre o público e o privado, presente desde a América Portuguesa, mas que ainda constitui a característica da atual sociedade política brasileira. Tal como no passado, a grande desigualdade social é, infelizmente, admitida como uma realidade intransponível a curto prazo, minimizando-se políticas sociais, reputadas justas, mas nocivas nesse momento à estabilidade econômica. Parafraseando o primeiro presidente do STF, dir-se-ia: "nada mais glorioso a um economista do que ser escravo das leis do mercado".

(25) Gilberto Freyre. *Sobrados e Mocambos,* cit., p. 201, anota que os governadores, mais do que as Câmaras, defenderam os povos das capitanias, pois as Câmaras, no que se refere ao suprimento de víveres, "mais de uma vez estiveram ao lado dos interesses dos particulares e contra os gerais".

A bem ver, a estrutura política brasileira, composta por partidos, Congresso e Executivo e também Judiciário, impede a participação no processo decisório, pois só os grupos econômicos e as corporações mais fortes têm representação e força de barganha para impor o atendimento às suas reivindicações. E o público vem a se confundir com o interesse privado setorial, presente no Legislativo, e a ser satisfeito para se garantir a governabilidade de um presidencialismo congressual, marcado ainda pela instabilidade.

Ao liberal-escravismo sucede a neoliberal exclusão social e política.

A maioria da sociedade, bombardeada em época eleitoral por *overdoses* de promessas de campanha, resta, todavia, alheia à fixação das prioridades da ação governamental, tendo-se como principal conseqüência o aprofundamento da exclusão social, o não exercício da cidadania como efetiva participação política de camadas expressivas da população, a ignorância, por parte dos marginalizados das grandes cidades, acerca dos próprios direitos, e até mesmo a impossibilidade de cientificar-se desses direitos. Menor ainda o poder de pretender exigi-los.

5. Busca de caminhos

Como minorar a crise endêmica da sociedade brasileira, na qual democracia e cidadania são apenas declarações de intenções para a maioria da população destituída de participação política, maioria essa impossibilitada de exercer efetivamente os direitos básicos consagrados no art. 5.º da Constituição, pois vive a violência em seu cotidiano, venha ela da polícia ou da delinqüência?

Quanto à participação política, que é a meu ver um dos cernes da cidadania, passa a ser fundamental a reforma política, a primeira que deveria ter sido feita por Fernando Henrique, e a partir da qual poderia ter se libertado da submissão ao corporativismo e clientelismo congressual, instaurando novas formas de representação política, graças a um sistema eleitoral distrital misto, que fortalecesse e desse algum conteúdo aos partidos políticos, permitindo a todas as circunscrições do País serem representadas no Parlamento. O redesenho de nosso federalismo, para se fundar uma efetiva reunião cooperativa das unidades federativas, com maior descentralização administrativa.

O financiamento público das campanhas eleitorais constitui mais outro importante desafio, pois a corrupção é companheira constante das eleições, visto que dinheiro a fundo perdido é necessário para financiar cabos eleitorais e apoio político de lideranças locais. Essa é sem dúvida a maior de todas as dificuldades, minorada pelo sistema mais restrito do sistema distrital misto.

Mas, como promover ou garantir maior participação política?

A primeira resposta óbvia e quase ingênua seria a necessidade de a classe política sobrepor o interesse público ao privado. Doutra parte, caberia provocar que uma maior parcela de brasileiros estivesse propensa a se preocupar com as questões de interesse geral. Essa tarefa torna-se, no presente momento, espe-

cialmente difícil, pois, na aguda observação de Jurandir Freire Costa,[26] "perdemos o gosto pelo bem comum", com um desinteresse pelo político substituído pelo interesse pela vida privada de celebridades.

A dificuldade acentua-se, ainda mais, com o fenômeno da globalização, que rompe as barreiras das identidades nacionais-culturais, instaurando-se uma uniformização do modo de ser na condição de consumidores continuamente ansiosos por ter e usufruir, de forma igual, o que a indústria da comunicação indica como *up to date*.

As empresas perdem vínculos com o local e o país de suas sedes, sendo-lhes viável desligar-se de seus fornecedores e de seus trabalhadores, para instalar-se em outro território, no qual as condições econômicas sejam mais favoráveis. Na expressão de Pietro Barcelona,[27] o homem do início do novo século é um "habitante do tempo e não mais um habitante do espaço", sem vínculos com o território em que vive, um novo navegador, nas "águas" da Web.

Palpáveis, sem dúvida, as conseqüências no plano político, pois o desenraizamento torna estranhas ao habitante do tempo as questões gerais da sociedade do país onde habita, fazendo com que a participação política eleitoral seja apenas uma efêmera e indiferente escolha entre produtos que não interessam.

Devem-se pensar a cidadania e a democracia no Brasil da próxima década, consciente das notas caracterizadoras da sociedade brasileira – a confusão entre o público e o privado, a imensa desigualdade social, a baixa coesão social, o acendrado individualismo, a estrutura político-eleitoral com a representação política apenas de setores e categorias fortemente organizados –, e também ciente do desinteresse pelo bem público e do desenraizamento do *habitante do tempo* nesse início de século.

É certo, contudo, que não se deve almejar a politização forçada da sociedade, método e objetivo das ditaduras. A democracia tem de começar pelo respeito aos indiferentes, que, sem o saberem, fazem, no entanto, com sua indiferença, também uma opção política de aprovar o *status quo* por via da abstenção e com a outorga de procuração para que os participantes do processo político decidam por eles.

Mas, àqueles que pretendem participar do processo político devem ser criadas condições concretas de efetiva interferência na fixação das diretrizes da ação governamental, muito além da efêmera escolha eleitoral ou da representação popular no Congresso Nacional.

Já se acentuou a necessidade premente da reforma política. No entanto, é imprescindível também a adição de outros mecanismos de participação política,

(26) Entrevista publicada na coletânea *Quatro autores em busca do Brasil*. São Paulo : Rocco, 2000. p. 43. Frei Betto diz que estamos fechados nos próprios interesses e em interesses imediatos, e enquanto assim for não conseguiremos nos ligar à comunidade, à solidariedade, às boas causas ("Crise da modernidade e espiritualidade", na coletânea *O desafio ético*. Rio de Janeiro : Garamond, 2000. p. 46).

(27) *L'individuo e la comunità*. Roma : Lavoro, 2000. p. 38.

visando a romper o autoritarismo de que fala Raymundo Faoro, desde sempre característico do processo decisório governamental. Além do mais, é de se ressaltar a imprescindibilidade de se efetivar maior proximidade entre o Judiciário e o povo, para garantia de acesso à Justiça.

A crescente e significativa experiência na última década de associações não governamentais, especialmente em prol da segurança e da não violência, bem como em defesa do consumidor e do meio ambiente, mostra ser possível dinamizar, em tantos outros diversos campos, uma maior participação política para o exercício efetivo da cidadania, malgrado as imensas dificuldades acima destacadas.

A atuação do programa da Comunidade Solidária, formando profissionais e técnicos, de acordo com as necessidades do local, e em cooperação com empresas privadas por via da Associação Amigos da Comunidade Solidária, constitui o ponto alto da ação social do governo, mas suas dimensões ainda são restritas diante da grandeza dos problemas. É fundamental, no entanto, que se expanda essa atividade para atuar na periferia das grandes cidades, sempre em conjunto com as associações de moradores, com o extremo cuidado de não permitir a exploração político-eleitoral.

A ação política do MST, Movimento dos Sem-Terra, tirante os radicalismos de alguns de seus ativistas e dirigentes, revelou a capacidade organizativa da sociedade, pois o MST não só levou à necessidade de intensa intervenção governamental na desapropriação de terras e assentamento de famílias de agricultores, como a cada momento o Movimento expande suas reivindicações, revelando extraordinária capacidade de alistamento de pessoas para integrar seus quadros. A atividade educativo-escolar promovida pelo Movimento em favor dos filhos dos "sem-terra" bem revela a visão ampla que orienta a organização.

A experiência do Orçamento Participativo na Prefeitura de Porto Alegre vem a ser a melhor demonstração da participação política no centro do processo decisório definidor da ação governamental, experiência essa a ser pensada, sem dúvida com maiores dificuldades, para os níveis mais amplos da Administração, Estados e União.

Estado e Comunidade devem ser o binômio básico,[28] pois só pela interação de ambos na formulação e consecução de políticas sociais construir-se-á a cidadania.

(28) Em tese apresentada à Conferência Nacional dos Advogados, em 1982, sob o título "Justiça social e participação política", defendia que se institui-se um Conselho Econômico-Social, composto por ministros da área econômica, representantes de partidos da oposição, representantes de trabalhadores da indústria, do comércio e do campo, bem como por representantes da classe empresarial, fixando programas e metas, a serem depois submetidos ao Congresso. Fábio Konder Comparato, em tese apresentada à Conferência Nacional dos Advogados em 1984, intitulada "Democratização e segurança" defendia a Constituição de uma Superintendência Nacional de Planejamento, assessorada por um Conselho Nacional de Planejamento composto por repre-

A solução está, portanto, mais adiante da representação política e da atividade partidária. É essencial, todavia, que a classe política tenha a sensibilidade de não pretender manter o monopólio da ação política, pelo exclusivismo dos tradicionais canais institucionais. Só assim se viabilizará uma maior mobilização da sociedade em prol de interesses gerais dos indivíduos, e em especial com vista à maioria dos excluídos, como titulares de direitos fundamentais.

Por fim, resta reafirmar a importância da proximidade e disponibilidade da Justiça junto à população carente dos médios e grandes centros urbanos. Três medidas são absolutamente necessárias, visando a dar efetividade aos direitos por parte dos excluídos: ampla assistência jurídica e não apenas judiciária, graças à criação ou ampliação da já existente Defensoria Pública; criação de plantões sociais nas delegacias de polícia, para atendimento aos conflitos familiares e de vizinhança, por meio de assistentes sociais e psicólogos. Por fim, o mais essencial, que já ocorre apenas em três bairros distantes de São Paulo: a instalação de Centros Integrados de Cidadania, que reúnem Juiz, Promotor, Defensor Público, Polícia Civil e Militar, assistentes sociais e psicólogos, proporcionando que o Estado de Direito faça-se presente junto à população pobre, privada de Justiça e de dignidade, assegurando-lhe o exercício de parcela de seus direitos.

Saber que é possível ir à Justiça, solícita e próxima fisicamente, na certeza de ser ouvido e ter conhecido e reconhecido o seu direito, é a elementar condição para que os excluídos se sintam e sejam cidadãos, superando a sensação de orfandade que os infelicita.

Essas propostas são talvez restritas diante da enormidade dos problemas sociais do País, mas se efetivadas constituirão um alento aos seus beneficiários, como pude diretamente constatar na ponta da zona leste da capital paulista, onde, com o apoio de órgãos da comunidade, há um Centro Integrado de Cidadania, no qual Juiz, Promotor, Polícia e técnicos revelam aos excluídos que a dignidade da pessoa humana não constitui uma balela, apenas levada a sério nos colóquios da elite intelectual.

sentantes de sindicatos e organizações profissionais para elaboração, execução e fiscalização de plano nacional de desenvolvimento, a ser aprovado pelo Congresso Nacional. (*Anais da X Conferência Nacional dos Advogados*, p. 99. Nesta mesma X Conferência propunha eu, com a tese "Sociedade civil e Estado", igualmente a criação de um Conselho Consultivo de Economia (*Anais...*, cit., p. 76).

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

CRIMES AMBIENTAIS E OS PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL E DA TAXATIVIDADE DO TIPO EM DIREITO PENAL*

MARCELO LEONARDO

SUMÁRIO: 1. Importância da proteção ao meio ambiente – 2. Da insuficiência das normas administrativas de proteção ao meio ambiente – 3. A Lei de Crimes Ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo penal – 4. Conclusão.

Resumo: O texto analisa a tutela penal do meio ambiente e tem críticas à Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), na definição dos crimes ambientais: aponta a inconstitucionalidade de tipos penais abertos nela previstos e alerta para a necessidade de preservação dos princípios fundamentais do Direito Penal.

Palavras-chave: Crimes ambientais – Princípio da reserva legal – Princípio da taxatividade do tipo – Meio ambiente.

1. Importância da proteção ao meio ambiente

Neste início de século XXI soa natural que se defenda, com toda energia, a importância da proteção jurídica do meio ambiente. No Brasil, em particular, nos últimos vinte anos, três fatores foram determinantes na conscientização da relevância da preservação ambiental: primeiro, a vigência da Lei 6.938, de 31.08.1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente; segundo, a inserção no texto da Constituição da República, de 05.10.1988, de capítulo específico sobre o meio ambiente, a partir do art. 225, que proclama: "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"; terceiro, a realização no Rio de Janeiro, em 1992, da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, a ECO-92, e seus múltiplos resultados.

Consoante a observação de Paulo de Bessa Antunes, "o desenvolvimento econômico no Brasil sempre se fez de forma degradadora e poluidora, pois calca-

(*) Palestra do VII Seminário Internacional do IBCCrim, outubro de 2001.

do na exportação de produtos primários, que eram extraídos sem qualquer preocupação com a sustentabilidade dos recursos, e, mesmo após o início da industrialização, não se teve qualquer cuidado com a preservação dos recursos ambientais. Atualmente, percebe-se a existência de vínculos bastante concretos entre a preservação ambiental e a atividade industrial. Essa mudança de concepção, contudo, não é linear, e, sem dúvida, podemos encontrar diversas contradições e dificuldades na implementação de políticas industriais que levem em conta o fator ambiental e que, mais do que isso, estejam preocupadas em assegurar a sustentabilidade da utilização de recursos ambientais.

"A concepção do desenvolvimento sustentado tem em vista a tentativa de conciliar a preservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico. Pretende-se que, sem o esgotamento desnecessário dos recursos ambientais, haja a possibilidade de garantir uma condição de vida mais digna e humana para milhões e milhões de pessoas, cujas atuais condições de vida são absolutamente inaceitáveis... É na busca de tais modificações que temos visto o surgimento de um imenso movimento de massas que se organiza em escala planetária na defesa do meio ambiente e da qualidade de vida" (*Direito ambiental*, 4. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2000, p. 13-16).

Como observa Paulo Affonso Leme Machado, "prevenir a degradação do meio ambiente no plano nacional e internacional é concepção que passou a ser aceita no mundo jurídico, especialmente nas últimas três décadas (...). A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofe ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta. A precaução deve ser visualizada não só em relação às gerações presentes, como em relação ao direito ao meio ambiente das gerações futuras" (*Direito ambiental brasileiro*, 8. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 46-48).

A expressão "meio ambiente", embora criticada por sua redundância vernacular, tem sido aceita pela doutrina e pela legislação brasileira e estrangeira. A respeito, diz Edis Milaré: "no conceito jurídico de meio ambiente podemos distinguir duas perspectivas principais: uma estrita e outra ampla. Numa visão estrita, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e suas relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não seja relacionado com os recursos naturais. Numa *concepção ampla*, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema, de um lado com o *meio ambiente natural*, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora, e, de outro lado, com o *meio ambiente artificial* (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções. Em outras palavras, quer-se dizer que nem todos os ecossistemas são naturais, havendo mesmo quem se refira a 'ecossistemas naturais' e 'ecos-

sistemas sociais'. Nessa perspectiva ampla, o meio ambiente seria 'a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas'" (*Direito do ambiente*, São Paulo, RT, 2000, p. 52-53).

Esse novo bem jurídico – meio ambiente –, que não integra o elenco dos bens jurídicos protegidos especificamente pelo velho Código Penal de 1940, está assim definido na Lei 6.938, de 1981: art. 3.°, I: "meio ambiente – o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Essa Lei 6.938, que trata da política do meio ambiente, estabelece que a mesma visará (art. 4.°), dentre outros objetivos, "à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico" (inc. I); "à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida" (inc. VI) e "à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos" (inc. VII).

A Constituição Federal, no § 3.° de seu art. 225, estabelece que "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".

2. Da insuficiência das normas administrativas de proteção ao meio ambiente

O meio ambiente já era protegido, juridicamente, de modo específico, por normas administrativas, no Brasil, em especial, após a vigência da Lei 6.938, de 1981. Todavia, percebia-se a ineficácia das normas meramente administrativas e, por isso, reclamava-se a edição de uma lei penal especial para proteção do meio ambiente.

Jair Leonardo Lopes ensina que "o sistema de proteção pela norma jurídico-penal é tão perfeito que os bens, de maior valor, são protegidos não somente contra o *dano efetivo*, mas, também, contra a sua simples *exposição a perigo*". "Por isso mesmo, sempre que determinado comportamento torna-se objeto de maior reprovação social, por ofender ou ameaçar bens ou valores aos quais a sociedade passe a atribuir maior importância, tal comportamento, em regra, vem a ser proibido, também, sob a ameaça de pena, como a mais eficaz técnica de proteção. Mas, ao contrário do que alguns supõem, a maior eficácia da sanção penal não reside na sua severidade, mas na maior probabilidade de sua efetivação" (*Curso de direito penal*, 2. ed., São Paulo, RT, 1996, p. 21).

Nesse sentido, dizem Wladimir e Gilberto Passos de Freitas, "a luta na defesa do meio ambiente tem encontrado no Direito Penal um de seus mais significativos

instrumentos. Muitas são as hipóteses em que as sanções administrativas ou civis não se mostram suficientes para a repressão das agressões contra o meio ambiente. O estigma de um processo penal gera efeitos que as demais formas de repressão não alcançam" (*Crimes contra a natureza*, 6. ed., São Paulo, RT, 2000, p. 30).

Igualmente defendendo a necessidade da tutela penal para o meio ambiente, afirmou Luiz Regis Prado: "a imprescindível tutela penal do meio ambiente encontra supedâneo jurídico-formal no indicativo constitucional do art. 225, § 3.°, da Carta Magna, e, em termos materiais, nas próprias necessidades existenciais do homem. Embora não seja modelo preferível de proteção legal – escolhido pelo legislador de 1998 –, o reconhecimento da indispensabilidade de uma proteção penal uniforme, clara e ordenada, coerente com a importância do bem jurídico, as dificuldades de inseri-la no Código Penal, e ainda o crescente reclamo social de uma maior proteção do mundo em que vivemos, acabaram dando lugar ao surgimento da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente (Lei 9.605, de 12.02.1998)" (*Crimes contra o ambiente*, São Paulo, RT, 1998, p. 15).

Eládio Lecey, na mesma linha de consideração, discorrendo sobre a utilidade do recurso ao Direito Penal na proteção do meio ambiente, escreveu: "sabidamente, o Direito Penal, pelos reflexos que podem advir de sua instrumentalização, como decorrência do caráter estigmatizante de uma condenação criminal (e da mera submissão a uma ação criminal), a atingir a dignidade, subjetiva e objetiva, da pessoa natural e até com possível reflexo na sua liberdade, bem como podendo atingir a honra objetiva (reputação) da pessoa jurídica, somente pode ser instrumentalizado para situações de relevância social e jurídico-penal, na linha do consagrado *Direito Penal mínimo* (entenda-se, uso do Direito Penal restrito ao necessário). Já destaquei, noutra oportunidade, a utilidade da instrumentalização do Direito Penal como resposta social, pela natureza do bem tutelado (o meio ambiente, bem autônomo e supra-individual, de modo que sua exposição a perigo ou sua ofensa apresentam-se como danosidade macrossocial), *instrumento de pressão à solução do conflito*, em razão do impacto da criminalização pela possibilidade de imposição de sanção e pelo seu caráter estigmatizante, *instrumento de efetividade das normas gerais* que protegem o ambiente, e, principalmente, *instrumento de prevenção* de dano ou perigo ao ambiente" ("Proteção penal das unidades de conservação", *Direito ambiental das áreas protegidas*, Coord. Antônio Herman Benjamin, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 330-331).

Por tudo isso, perfeitamente justificável, do ponto de vista jurídico-penal, a edição da Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605, de 12.02.1998, que entrou em vigor em 30 de março daquele ano.

3. A Lei de Crimes Ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo penal

O Direito Penal, ao longo de sua história, em razão da própria gravidade de suas sanções e do invocado caráter estigmatizador das mesmas e até da própria

acusação criminal, foi se cercando de princípios fundamentais, garantidores da segurança jurídica das relações entre o Estado, editor das normas incriminadoras, e o cidadão, que pode ser sujeito passivo das respectivas sanções penais, que lhe podem privar a liberdade.

Dentre esses, destaca-se o princípio da reserva legal, inserido no Brasil entre as cláusulas pétreas da Constituição (art. 5.°, XXXIX) e que abre o nosso Código Penal: "não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

E, na evolução do Direito Penal, a partir da teoria da tipicidade, tornou-se ainda maior a garantia individual. Não basta a lei prévia. É fundamental que a descrição do tipo penal seja cerrada, isto é, precisa em seus limites, de forma a permitir ao cidadão ter clara ciência da conduta que se quer proibir sob a ameaça da pena. Alguns o chamam de princípio da taxatividade do tipo penal.

A Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), a pretexto de dar maior proteção ao meio ambiente, fez tábula rasa desses relevantes princípios de Direito Penal e, por isso, a nosso ver, contém graves inconstitucionalidades.

Na definição dos crimes ambientais o legislador usou e abusou da inserção de "elementos normativos do tipo", exagerou no emprego de "normas penais em branco", pendentes de complementação por "leis", "regulamentos", "normas", "ato administrativo", "decisão judicial", "permissão", "licença", "autorização", "parecer", "registro", "proibição", além da utilização reiterada de conceitos imprecisos e fluídos, tais como "espécie rara", "ato de abuso", "recursos alternativos", "dano indireto", "especial preservação", "níveis tais", "destruição significativa", "imprópria para ocupação humana" e "obrigação de relevante interesse ambiental".

O *Boletim RT Informa*, edição de dez. 1999-jan. 2000, em matéria intitulada "Lei ambiental nasce torta, segundo juristas", afirma o seguinte: "o excesso de normas penais em branco, por sua vez, pode infringir o princípio da legalidade dos delitos e das penas, por tornar o tipo penal pouco taxativo, explicam os especialistas. 'É preciso diminuir as hipóteses de normas penais em branco ou fazer com que seu preenchimento não encontre um vazio muito grande nas possibilidades do aplicador', sugere Herman Benjamin" (p. 5).

No dizer de Mirabete, "vigora com o princípio da legalidade formal o princípio da taxatividade, que obriga a que sejam precisas as leis penais, de modo que não pairem dúvidas quanto a sua aplicação ao caso concreto. Infringe, assim, o princípio da legalidade a descrição penal vaga e indeterminada, que não possa determinar qual a abrangência exata do preceito da lei" (*Código Penal interpretado*, São Paulo, Atlas, 1999, p. 98).

Daí a crítica que se faz aos chamados "tipos penais abertos", de manifesta inconstitucionalidade. "As leis que definem crimes devem ser precisas, marcando exatamente a conduta que objetivam punir. Assim, em nome do princípio da legalidade, não podem ser aceitas leis vagas ou imprecisas, que não deixam perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar – os chama-

dos tipos penais abertos (Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal, Parte general*, 4. ed., Granada, Comares, 1993, p. 223)" (Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, 4. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 4).

Outra não é a lição de Alberto Silva Franco, para quem "o apelo a uma redação genérica não significa, porém, que ele possa idear figuras criminosas com o emprego de expressões vagas ou ambíguas. Há que impor limite a esse processo de generalização, sob pena de inocular-se no sistema penal o vírus destruidor do princípio da legalidade, anulando-se, por via de conseqüência, a função garantidora do tipo" ("O princípio da legalidade", *Temas de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 3).

Em suas considerações gerais sobre a Lei de Crimes Ambientais, afirmou Luiz Regis Prado, "fica assentado seu caráter altamente criminalizador, visto que erige à categoria de delito uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas ou, quando muito, de contravenções penais, em total dissonância com os princípios penais da intervenção mínima e da insignificância (*v.g.*, arts. 32, 33, III, 34, 42, 44, 49, 52, 55, 60 etc.).

Nesse contexto – prossegue o professor –, o legislador de 1998 é pródigo em se utilizar de conceitos amplos e indeterminados – muitas vezes eivados de impropriedades técnicas, lingüísticas e lógicas –, permeados por cláusulas valorativas, e, freqüentemente, vazados em normas penais em branco (*v.g.* arts. 34, 38, 40, 45, 60 etc.), com excessiva dependência administrativa (*v.g.*: permissão, licença ou autorização da autoridade competente). Aliás, essa ligação por demais estreita com a disciplina administrativa é, em muitos casos, fonte primeira do que se deve evitar: a grande indeterminação das descrições típicas. A técnica de remissão só deve ser admitida em casos de indeclinável necessidade e dentro de certos parâmetros, entre os quais figura a exigência de certeza legal" (op. cit., p. 16-17).

Semelhante é a crítica de Luís Paulo Sirvinskas, quando afirma que "a norma penal em branco depende de uma complementação prévia para a sua adequada tipificação, sem a qual se torna inexeqüível. Esse tipo de norma pode advir da mesma fonte legislativa ou de atos administrativos. Trata-se de norma penal imperfeita. Binding se referia a ela como sendo 'um corpo errante em busca de sua alma'.

Assim, a norma penal em branco afronta o princípio da reserva legal, pois há necessidade de uma tipificação completa. Se incompleta, deve ser descriminalizada a norma penal em branco, substituindo-se-lhe por sanções administrativas, no dizer de Montovani. Uma posição intermediária poderia ser a de permitir a coexistência da norma penal em branco com a norma complementadora, desde que esta viesse da mesma fonte legislativa (...). Acredito que a norma penal em branco causaria uma insegurança enorme, pois se estariam outorgando poderes inconcebíveis ao administrador. Este, por sua vez, poderia criar verdadeiros tipos penais, contrariando o princípio da legalidade ou da reserva legal e o princípio do *nullum crimen sine previa lege*. Somente a lei poderia criar tipos penais. No meu

entender, seria inadmissível deixar que mero ato administrativo crie novos tipos penais, que poderiam ser verdadeiros monstrengos" (*Tutela penal do meio ambiente*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 16-17).

A nosso ver, a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) possui alguns "tipos penais abertos", mais do que meras normas penais em branco, que violam, por isso, a garantia constitucional do princípio da legalidade e seu desdobramento na exigência da taxatividade da descrição do tipo penal.

Passemos a analisar os principais casos.

"Art. 32. Praticar *ato de abuso*, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1.º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem *recursos alternativos*.

§ 2.º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal."

As expressões "ato de abuso" e "recursos alternativos" inseridas nas descrições das condutas incriminadas transformam esses tipos em exemplos de "tipos penais abertos".

Censurando o texto, Luís Paulo Sirvinskas faz várias perguntas: "como interpretar a expressão praticar ato de abuso? Outro erro de técnica legislativa que deve ser evitado (...). As agravantes dos §§ 1.º e 2.º trazem à baila uma questão delicada, pois poderão submeter um professor ou cientista ao constrangimento de se sujeitar ao processo judicial por estar fazendo experiência 'dolorosa' ou 'cruel' em animal vivo. Ora, como saber se a experiência é 'dolorosa' ou 'cruel'? E se o cientista ou o professor utilizou anestésico para a realização da experiência? Nas faculdades há criações de animais (ratos e coelhos) para a realização de experiências e/ou dissecações com o intuito de ensinar aos alunos a arte da Medicina. Muitos desses animais são sacrificados na realização de experiências úteis à humanidade. Como punir nesses casos? Quais seriam os recursos alternativos? Não seria um exagero punir nessas situações?" (op. cit., p. 54-55).

José Geraldo Silva, comentando o art. 32 da Lei 9.605, escreve o seguinte: "elemento objetivo do tipo – trata-se de tipo penal aberto, uma vez que o comportamento do agente não foi determinado" ("Crimes ambientais", *Leis penais especiais anotadas*, 2. ed., Campinas, Millennium, 2001, p. 58).

Édis Milaré, igualmente, discorrendo sobre o mesmo art. 32, afirma: "não se sabe, de início, o que vem a ser 'praticar ato de abuso'. De outro lado, 'maus-tratos' é o nome jurídico da conduta constante do art. 136 do CP, que tipifica como crime 'expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância...', cuja sanção é de dois meses a um ano de detenção *ou* multa – ou seja, menor do que a prevista para a prática de abuso ou *maus-tratos* em animais, que é de *três meses* a um ano de detenção *e* multa" (op. cit., p. 370-371).

Miguel Reale Júnior, em artigo intitulado "a lei hedionda dos crimes ambientais", aludindo ao referido art. 32, escreveu: "primeiramente, não se sabe o que vem a ser 'praticar ato de abuso'. De outro lado, 'maus-tratos' é o nome jurídico da conduta constante do art. 136 do CP, que tipifica como crime 'expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis (...) ou abusando de meios de correção'. A pena prevista para a conduta de por em risco a vida ou a saúde de pessoa sob sua guarda ou vigilância é de dois meses a um ano de detenção ou multa – ou seja, menor do que a prevista para a 'prática de ato de abuso ou maus-tratos em animais'" (*Folha de S. Paulo*, Opinião, 06.04.1998, p. 3).

A divergência entre os autores que defendem a validade do texto revela, na realidade, a sua inconstitucionalidade. Wladimir e Gilberto Passos de Freitas, por exemplo, sustentam, quanto a experiências em cobaias, que os "recursos alternativos" "são, normalmente, as variadas formas de anestesia que evitam a dor" (op. cit., p. 97). Edna Cardozo Dias, muito ao contrário, entende como "recursos alternativos" "técnicas alternativas as que recorrem a química, matemática, radiologia, microbiologia e outros meios que permitem evitar o emprego de animais vivos em experiências de laboratório". Diz ainda a autora mineira que "o Dec. 24.645/34 definiu 31 figuras típicas de maus-tratos em seu art. 3.°. A Lei de Contravenções Penais, em seu art. 64, fala da crueldade e dos trabalhos excessivos, sem contudo defini-los. O Dec. 3.179, de 21.09.1999, que regulamentou a Lei de Crimes Ambientais, não definiu o que é *maus-tratos ou abuso*. Por essa razão, entendemos que o Dec. 24.645/34 ficou revogado apenas em parte, e que devemos buscar em seu art. 3.° estas definições" (o art. 3.°, em seu inc. I, dispõe: "consideram-se maus-tratos praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal") (*A tutela jurídica dos animais*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 157-166). Luiz Regis Prado diz que "praticar ato de abuso" é "usar mal ou inconvenientemente – *v.g.*, exigir trabalho excessivo do animal, extrapolar limites, prevalecer-se" (op. cit., p. 51). Já Carlos Ernani Constantino escreve que "praticar significa realizar, efetuar; abuso é o uso errado ou excessivo" (*Delitos ecológicos*, São Paulo, Jurídico Atlas, 2001, p. 120).

Outro dispositivo que merece exame, na mesma linha de consideração, é o art. 40:

"Art. 40. Causar *dano* direto ou *indireto* às *Unidades de Conservação* e às áreas de que trata o art. 27 do Dec. 99.274, de 06.06.1990, independentemente de sua localização:

Pena: reclusão, de um a cinco anos.

§ 1.° Entendem-se por *Unidades de Conservação de Proteção Integral* as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre." (Redação dada ao parágrafo pela Lei 9.985, de 18.07.2000, *DOU* 19.07.2000.)

Nota: Assim dispunha o parágrafo alterado: "§ 1.° Entendem-se por *Unidades de Conservação* as Reservas Biológicas, Reservas Ecológicas, Estações Ecológi-

cas, Parques Nacionais, Estaduais e Municipais, Florestas Nacionais, Estaduais e Municipais, Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de Relevante Interesse Ecológico e Reservas Extrativistas ou outras a serem criadas pelo Poder Público".

"§ 2.° A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Proteção Integral será considerada circunstância agravante para a fixação da pena." (Redação dada ao parágrafo pela Lei 9.985, de 18.07.2000, *DOU* 19.07.2000.)

Nota: Assim dispunha o parágrafo alterado: "§ 2.° A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação será considerada circunstância agravante para a fixação da pena".

"§ 3.° Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 40-A. (*Vetado.*)

§ 1.° Entendem-se por *Unidades de Conservação de Uso Sustentável* as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural.

§ 2.° A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Uso Sustentável será considerada circunstância agravante para a fixação da pena.

§ 3.° Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade." (Artigo acrescentado pela Lei 9.985, de 18.07.2000, *DOU* 19.07.2000.)

A expressão "causar dano indireto" é imprecisa e geradora de insegurança jurídica, e é incompatível com o princípio da taxatividade, orientador da elaboração de tipos penais.

O vício não escapou a Édis Milaré, que assim o comentou: "incompreensível a menção a 'dano indireto', cominando-se pena grave (um a cinco anos de reclusão) a uma conduta que não se sabe o que seja. Estranho tal rigorismo em relação a *qualquer dano* em Unidade de Conservação, quando se verifica que para a *completa destruição de floresta nativa*, consoante o disposto no art. 50, previu-se a modesta pena de *detenção de três meses a um ano*, e multa.

Mais estranha é a referência, na lei, a artigo de mero decreto, diploma que, como é notório, pode ser revogado ou modificado a qualquer momento segundo a vontade do governante, esvaziando o tipo penal. Fato, aliás, que não passou despercebido do Presidente da República, quando, nas razões do veto ao art. 81, referiu-se a impropriedade de remissão a texto de decreto regulamentar".

Demais disso, como acentua Luiz Regis Prado, "a previsão de modalidade culposa para a conduta ancorada no art. 40 – causar dano direto ou indireto a unidade de conservação – denota sensível enfraquecimento da função de garantia do tipo penal, já que a noção de *dano indireto culposo* é altamente nebulosa" (op. cit., p. 372).

Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes reconhece, sem rodeios, comentando o art. 40: "trata-se de tipo penal aberto, devendo sua adequação típica ser

efetuada diante do caso concreto" (*Crimes contra o meio ambiente*, 2. ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 136).

Luiz Regis Prado, a respeito do art. 40, diz: "causar dano significa originar, produzir, ocasionar, dar lugar a prejuízos, deteriorações, de qualquer ordem, contra a flora ou fauna locais, de forma direta ou indireta. A descrição da conduta típica é especialmente abstrata, para não dizer *inexistente*... O que vem a ser *dano direto ou indireto*? Este último seria o dano realizado através ou por intermédio de, por meio de subterfúgio, mediato, derivado, oblíquo ou remoto? Pense-se em dano indireto culposo? *Quid inde*? Trata-se de norma inconstitucional" (op. cit., p. 90).

Idêntica a reflexão de Luís Paulo Sirvinskas: "outra questão tormentosa será apurar o que seja dano direto ou indireto. Adotou o nosso legislador a figura do dano culposo. O Código Penal brasileiro desconhece essa figura. Não seria um excesso punir alguém pelo delito de dano culposo. O Código Penal Militar prevê a figura do dano culposo, porém tal hipótese é muito criticada pela doutrina, ou seja, se um indivíduo colide contra uma viatura militar sem causar lesões aos seus ocupantes, responde pelo delito de dano culposo na esfera militar, outro absurdo que deve ser evitado. Assim, como apurar e distinguir o dano indireto (*caput*) e o dano culposo (§ 3.º)?" (op. cit., p. 68).

O original § 1.º do art. 40, dando interpretação autêntica, definia a expressão "unidades de conservação" mediante uma enumeração exemplificativa, que continha características de norma penal em branco, já que as várias "reservas", "estações", "parques" e "áreas" mencionadas careciam de definição em norma de complementação.

A questão da aplicação do art. 40 da Lei de Crimes Ambientais ficou, ainda, mais complexa e até mesmo confusa com a sanção da Lei 9.985, de 18.07.2000, que institui o sistema nacional de "unidades de conservação da natureza", e os vetos opostos à respectiva proposição de lei.

O art. 2.º da Lei 9.985/2000 deu um novo conceito de "unidade de conservação" (inc. I – "espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente, instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção").

O art. 39 desta mesma Lei 9.985/2000 pretendia dar uma nova redação ao art. 40 da Lei 9.605/98, introduzindo um novo art. 40-A. Esses artigos foram vetados pelo Presidente da República, que, no entanto, sancionou os novos parágrafos do art. 40 e do art. 40-A, que fazem distinção entre "unidades de conservação *de proteção integral*" e "unidades de conservação *de uso sustentável*".

A nova redação proposta na respectiva proposição de lei, de que resultou a Lei 9.985/00, para os arts. 40 e 40-A, substituía a expressão "causar dano direto ou indireto às unidades de conservação" pela expressão "causar significativo dano à flora, à fauna e aos demais atributos naturais das unidades de conservação".

As razões do veto presidencial foram as seguintes:

"Tanto a nova redação que se pretende dar ao *caput* do art. 40 como a redação dada ao *caput* do art. 40-A da Lei 9.605, de 12.02.1998, afrontam todos os princípios que regem o Direito Penal, que exigem que a norma penal estabeleça, de modo claro e objetivo, a figura penal, o delito que se deseja reprimir, excluindo-se do seu aplicador a definição de sua ocorrência ou não.

Em ambas alterações o legislador utilizou-se da expressão 'causar dano significativo', de natureza puramente subjetiva, deixando ao alvedrio do aplicador da lei penal definir se a conduta do suposto infrator configura ou não o delito, tornando imprecisa a sua definição.

Em suma, sua vigência importaria introduzir na legislação penal brasileira fator inarredável de insegurança na relação do cidadão com o Estado, em função da indefinição da figura delituosa que se deseja coibir."

Esses mesmos fundamentos nos levam a concluir, com mais razão, pela inconstitucionalidade do texto original do art. 40, quando alude a "causar dano indireto".

Comentando a mudança legislativa resultante da sanção e dos vetos à Lei 9.985, reconheceu Eládio Lecey o seguinte: "como decorrência do projeto e dos vetos, ficou o crime de dano previsto no art. 40 da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente, com parcela de sua redação original (*caput* do art. 40 da Lei 9.605/98), parte com a introdução de nova redação ao mesmo artigo (§§ 1.° e 2.°), e ainda com parcela do acrescentado art. 40-A (vetado em seu *caput*), quais sejam, os §§ 1.° e 2.°. Permaneceu, ainda, o § 3.°, que prevê o delito culposo. Algo esdrúxulo, não há dúvida" (op. cit., p. 337).

A mudança legislativa mereceu a seguinte crítica de Luiz Flávio Gomes, em artigo publicado na *Folha de S. Paulo* (03.10.2000, Opinião, p. 3): "o art. 40, *caput*, da Lei Ambiental continua vigente, porém, agora, com uma importante modificação no seu § 1.°, isto é, ele só vale doravante para as unidades de conservação de proteção integral. No que se refere às unidades de conservação de uso sustentável (áreas de proteção ambiental, reservas ecológicas etc.) não há mais que se falar em delito, por falta de previsão legal. Com o veto do art. 40-A, tudo isso deixou de ser crime (houve *abolitio criminis*) (...). E o pior: esqueceu-se de vetar, tal como exigia a coerência, o § 3.° do art. 40-A, que prevê a forma culposa do delito e a redução da pena à metade. Resultado: sobrou a previsão de um delito culposo sem a descrição de nenhuma conduta criminosa e a cominação de uma pena inexistente. Já se sabia no Brasil da existência de inúmeros 'delitos' sem pena (por exemplo, art. 95 da Lei 8.212/91); agora também temos 'pena' sem delito!".

Trata-se de inconstitucionalidade sobre inconstitucionalidade.

Outro tipo que merece idêntico exame é o art. 54, relativo ao crime de poluição.

"Art. 54. Causar poluição *de qualquer natureza* em *níveis tais* que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição *significativa* da flora...

Nesse dispositivo, as expressões 'de qualquer natureza', em 'níveis tais' e 'significativa' encerram a mesma incerteza legal mencionada nos casos anteriores."

Carlos Ernani Constantino anotou o grande número de expressões neste art. 54 e seus incisos e parágrafos que, a seu ver, seriam "elementos normativos do tipo": "No *caput* estão contidos nas expressões 'de qualquer natureza' e 'em níveis tais' (no tocante à poluição), bem como no adjetivo 'significativa' (de destruição); no § 2.°, encontram-se nas seguintes expressões: no inc. I, 'imprópria'; no inc. II, 'ainda que momentânea'; nos incs. III e IV, o adjetivo 'público'; no inc. V, 'em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou regulamentos'; no § 3.°, estão contidos nas expressões 'quando assim o exigir a autoridade competente', 'medidas de precaução' e 'dano ambiental grave ou irreversível'" (op. cit., p. 179).

"O tipo legal é extremamente amplo e vago – no dizer de Luiz Regis Prado –, com cláusulas normativas, de cunho valorativo, que estão muito aquém das exigências do princípio da legalidade em sua vertente de taxatividade-determinação da lei penal. A expressão *de qualquer natureza*, reveladora de um objeto indeterminado, abrange seja qual for a espécie de forma de poluição, independentemente de seus elementos constitutivos (atmosférica, hídrica, sonora, térmica, por resíduos sólidos etc.). Já o termo *em níveis tais* exprime um certo *quantum* – suficiente – elevado o bastante para resultar ou poder resultar em lesão à saúde humana. Por destruição *significativa* da flora deve ser entendida aquela realizada de maneira expressiva, de gravidade considerável" (op. cit., p. 147-148).

O mesmo autor, em entrevista ao boletim *RT Informa*, disse: "a expressão 'em níveis tais' é ambígua e o princípio da legalidade dos delitos e das penas exige que a conduta seja descrita de forma clara, taxativa e objetiva, para que se possa conhecer a matéria que se quer prever. Por isso, o artigo é de constitucionalidade duvidosa" (op. cit., p. 5).

Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes reconhece, aqui também sem rodeios, comentando agora o art. 54: "trata-se de tipo penal aberto, sendo a sua adequação típica efetuada diante do caso concreto" (op. cit., p. 144).

Por isso mesmo, Édis Milaré, na análise do art. 54, *caput*, afirmou: "importa destacar, também aqui, a falta de técnica na construção do tipo, que encerra dispositivo de duvidosa constitucionalidade, eis que demasiadamente aberto, destoante das exigências do princípio da legalidade e agressivo aos princípios da ampla defesa e contraditório. Poluição em 'níveis tais' e 'destruição significativa' da flora encerram situações obscuras, ficando o seu entendimento e esclarecimento ao arbítrio do Julgador, o que não se afaz com um Direito Penal moderno, que quer ver o transgressor sujeito à determinação da lei. A condenação justa é a que garante ao acusado a ampla defesa, o que só será possível se a ele for imputado um fato certo descrito como crime" (op. cit., p. 374-375).

Sem razão, *data maxima venia*, Paulo Affonso Leme Machado, quando afirma: "não entendo censurável o emprego das locuções 'de qualquer natureza',

'em níveis tais', pois todas essas expressões estão fortemente ligadas à possibilidade de causar perigo ou dano aos bens protegidos. É um tipo penal aberto, que, entretanto, não gera arbítrio do Julgador, nem insegurança para o acusado" (op. cit., p. 659).

Situação mais grave, a meu ver, ocorre com o tipo contido no § 3.º do mesmo art. 54, *in verbis:*

"§ 3.º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior (reclusão, de um a cinco anos) quem deixar de adotar, *quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução* em caso de risco de dano ambiental *grave ou irreversível.*"

Essa figura penal é defendida pelos doutrinadores de Direito Ambiental que, no âmbito dessa disciplina, sustentam a importância do "princípio da precaução", segundo o qual é recomendável a adoção de medidas preventivas para evitar dano ao meio ambiente. Na "Declaração do Rio de Janeiro", conseqüente à ECO-92, inseriu-se o seguinte: "*Princípio 15* – de modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental".

Nesse tipo penal, no entanto, transferiu-se para o fiscal do meio ambiente (de órgão ambiental federal, estadual ou municipal) o poder de *singularizar* a norma penal para transformar em crime uma conduta omissiva de uma empresa ou pessoa física determinada que venha a deixar de adotar uma certa medida de precaução que aquela autoridade lhe exigiu.

Há manifesto arbítrio para a autoridade administrativa ambiental, que pode, por ato seu de caráter singular – dirigido a agente determinado – criar um tipo penal novo, através de uma simples notificação fiscal ambiental.

Paulo Affonso Leme Machado diz: "publicada a decisão da autoridade, ou até cientificado pessoalmente o destinatário da decisão, quem a descumprir está querendo o resultado danoso ou assumindo o risco de produzi-lo. A consumação do crime ocorre pelo descumprimento das medidas ordenadas. Muitas vezes essas medidas serão: a suspensão momentânea das atividades de uma fábrica; a mudança do itinerário na circulação de veículos a motores ou a restrição a essa circulação; a determinação da utilização de combustível diferente ou a mudança repentina de tecnologia na produção. As medidas de precaução devem ser proporcionais ao risco e eqüitativas em relação aos destinatários, não privilegiando setores. As medidas de precaução poderão ser ordens motivadas da autoridade, não sendo necessariamente leis ou decretos" (op. cit., p. 663).

Nada mais inseguro e arbitrário!

Wladimir e Gilberto Passos de Freitas, a respeito deste § 3.º do art. 54, admitem que "o tipo penal refere-se à exigência da autoridade competente. Ela pode

dar-se de duas formas: a) diante de caso concreto a autoridade ambiental determina certa ação; b) existe ordem genérica de como proceder em determinadas situações e o infrator, conhecendo-a, deixa de cumpri-la" (op. cit., p. 183). Na primeira hipótese, com nosso protesto, a autoridade ambiental transforma-se em legislador para caso concreto determinado e singularizado.

Hoje, graças aos insistentes protestos da comunidade jurídica brasileira, tendo à frente a Ordem dos Advogados do Brasil, o Presidente da República, por força da recente EC 32, de 11.09.2001, não pode mais baixar medida provisória sobre "Direito Penal" (art. 62, § 1.°, I, *b*). Vedou-se ao Chefe do Executivo, por sua exclusiva vontade, da noite para o dia, editar norma penal incriminadora, em respeito ao princípio da reserva legal.

Como se admitir, no entanto, possa a autoridade ambiental (por exemplo, o fiscal da Feam que fizer uma notificação administrativa ambiental exigindo de certa pessoa medida de precaução que especificar) ter, por força deste § 3.° do art. 54, o poder de criar o tipo penal?

O princípio da precaução em Direito Ambiental pode justificar a definição de infrações administrativas por desrespeito a recomendação singularizada para determinado agente pela autoridade administrativa ambiental, jamais para autorizá-la a transformar em crime o desrespeito à mesma.

Como derradeiro caso de tipo penal aberto, também, de evidente inconstitucionalidade, o art. 68:

"Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir *obrigação de relevante interesse ambiental...*"

A expressão "obrigação de relevante interesse ambiental" é, igualmente, imprecisa e fluída. Carlos Ernani Constantino tentou esclarecê-la e pecou pela mesma insegurança. Diz ele que: "de relevante interesse ambiental quer dizer de grande importância ecológica" (op. cit., p. 219). A incerteza legal persiste. Luís Paulo Sirvinskas admite que "a lei não definiu o que seja essa obrigação. Somente a jurisprudência irá definir e delimitar o conceito de obrigação de relevante interesse ambiental" (op. cit., p. 106). Mas os Juízes e Tribunais não são legisladores e não têm competência para criar o tipo penal, apenas podem aplicar o previamente definido, com precisão, em lei penal anterior.

Wladimir e Gilberto Passos de Freitas reconhecem o risco para o cidadão com a imprecisão do dispositivo: "trata-se de tipo penal aberto, ou seja, cuja abrangência alcança uma grande quantidade de situações fáticas. Esse fato, que é inquestionável, exige prudência do Ministério Público e do Judiciário. É preciso que no caso concreto se examine detidamente a existência de dolo ou culpa, evitando-se o constrangimento de submeter cidadãos às agruras do processo penal, sem que haja justa causa. Se não houver discernimento na apreciação dos fatos, as mais variadas atividades poderão, sob o critério subjetivo do autor da denúncia, configurar esse crime, em tese (...). Objeto material: é difícil a especificação, em face da forma genérica do tipo e à multiplicidade de situações possíveis. Por vezes, ele nem mesmo existirá" (op. cit., p. 215-216).

Acertada a conclusão de Édis Milaré, uma vez mais, na análise do dispositivo em tela: "trata-se, também aqui, de tipo extremamente aberto, do qual é difícil (senão impossível) extrair situações definidas e precisas, em prejuízo dos valores da certeza e da segurança, essenciais à garantia dos direitos da pessoa humana. O que vem a ser 'relevante interesse ambiental?' Parece inevitável um componente de relatividade, ou mesmo de subjetividade, na apreciação desse interesse (...) como estabelecer a figura do crime ?" (op. cit., p. 376).

4. Conclusão

A pretexto da importância social que a tutela penal do meio ambiente tem para a sua preservação, não se podem abandonar os princípios fundamentais de Direito Penal, garantistas da liberdade do cidadão, como o da legalidade e o da tipicidade taxativa.

Como adverte Luiz Regis Prado, "a orientação político-criminal mais acertada é a de que a intervenção penal na proteção do meio ambiente seja feita de forma limitada e cuidadosa. Não se pode olvidar jamais que se trata de matéria penal, ainda que peculiaríssima, submetida de modo inarredável, portanto, aos ditames rígidos dos princípios constitucionais penais – legalidade dos delitos e das penas, intervenção mínima e fragmentariedade, entre outros – pilares que são do Estado de Direito democrático. A sanção penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, devendo ser utilizada tão-somente para as hipóteses de atentados graves ao bem jurídico ambiente. O Direito Penal nesse campo cinge-se, em princípio, a uma função subsidiária, auxiliar ou de garantia de preceitos administrativos, o que não exclui sua intervenção de forma direta e independente, em razão da gravidade do ataque" (op. cit., p. 17).

Concluímos, invocando a arguta advertência de Miguel Reale Júnior: "a defesa imprescindível do meio ambiente não autoriza que se elabore e que o Congresso aprove lei penal ditatorial, seja por transformar comportamentos irrelevantes em crime, alçando, por exemplo, à condição de delito o dano culposo, seja fazendo descrição ininteligível de condutas, seja considerando crime infrações nitidamente de caráter apenas administrativo, o que gera a mais profunda insegurança" (*Folha de S. Paulo*, Opinião, 06.04.1998, p. 3).

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1

INFRAÇÕES PRATICADAS POR ADOLESCENTES EM RIBEIRÃO PRETO (SP)

ANA PAULA SOARES DA SILVA
MARIA CLOTILDE ROSSETTI-FERREIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A evolução de acordo com o número de infrações – 3. A evolução de acordo com o tipo de infração: 3.1 O caminho das drogas: uma "alternativa" bastante atraente; 3.2 Para ser grande é preciso ser forte: violência e conflitos intersubjetivos; 3.3 Ter arma é ter poder – 4. Procurando outros indícios para refletir sobre as infrações – 5. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: As infrações praticadas por adolescentes têm ocupado um espaço de destaque em nossa sociedade, especialmente após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei Federal 8.069/90). Por provocar modificações nas instituições e introduzir um sistema de garantias processuais ao adolescente autor de ato infracional, o Estatuto da Criança e do Adolescente instigou questionamentos de setores sociais contrários aos direitos desses adolescentes. A falta de dados sistematizados tem dificultado a formação de uma opinião pública fundamentada. Pretendendo contribuir nesse debate, o presente trabalho analisou as infrações registradas no Juizado da Infância e Juventude de Ribeirão Preto (SP), no período de 1984 a 1996. Os dados apontam para uma dupla constatação: por um lado, as infrações registradas, na sua grande maioria, são totalmente desprovidas de violência; por outro, assiste-se a uma modificação quantitativa e qualitativa no padrão infracional dos adolescentes ribeirão-pretanos que, embora restrita e lenta, acompanha o movimento que vem sendo constatado em grandes centros urbanos.

Palavras-chave: Adolescência – Ato infracional – Violência – Criminalidade urbana.

1. Introdução

Nas discussões acerca do crescimento da violência urbana, verificado nas últimas décadas (Pinheiro, 1997), os resultados de pesquisa a respeito de suas principais vítimas são bastante consistentes: a população jovem, moradora em regiões metropolitanas, é aquela que mais sofre as conseqüências desse aumento.

As estatísticas oficiais e estudos epidemiológicos demarcam o período da juventude como o momento de maior risco à incidência de eventos violentos. Para centralizar apenas nas Américas, basta citar o estudo realizado pela OPS

(Yunes e Rajis, 1994), que demonstra que Brasil, México, Panamá, Porto Rico e Venezuela possuem uma situação alarmante em relação à mortalidade por homicídios ou lesões intencionais infligidas, em especial, nas idades compreendidas entre os dez e 24 anos. Ainda segundo esse estudo, Brasil, Colômbia e Cuba mostram tendências claramente crescentes nas estatísticas sobre mortalidade por causas externas, incluindo-se aí as mortes violentas.

No nosso País, a situação é particularmente séria, já que esse aumento, verificado ao longo das cinco últimas décadas (Mello Jorge, 1982), vem tomando proporções assustadoras: a mortalidade por causas externas passou de 2% do total geral de causas para 15,3% (Minayo, 1994), ocupando a segunda colocação na classificação de óbitos. Segundo Minayo, na população de cinco a 49 anos, as mortes violentas chegam a ocupar o primeiro lugar das causas de morte e, quando se consideram as idades compreendidas entre 15 e 19 anos, chegam a atingir 70,8% das mortes. Citando dados do extinto CBIA (Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência), Zaluar (1996) afirma que é entre os 15 e 18 anos que os assassinatos lideram os motivos de morte entre os jovens brasileiros.

Afirmações desse tipo reforçam o que Gotlieb (1981) já apontava na década de 80, ou seja, um agravamento da situação entre as faixas etárias economicamente produtivas. Suas pesquisas demonstram que está mais exposta aos riscos das situações de violência uma população predominantemente jovem e moradora de regiões onde se acentuam os processos de exclusão social.

No que se refere à participação dos jovens como autores de atos violentos, os resultados de pesquisa não têm sido tão consensuais quanto aqueles que os apontam como vítimas preferenciais da violência urbana. Existem pesquisas demonstrando que, concomitante ao agravamento do processo de vitimização dessa população, ocorrido especialmente na década de 80, também a "delinqüência"[1] juvenil teria sido incrementada. Para Zaluar (1995), por exemplo, na cidade do Rio de Janeiro, acompanhando o aumento de homicídios cometidos pela população em geral, as estatísticas oficiais demonstram que, entre 1982 e 1985, triplicou a participação dos jovens em infrações violentas.

Por outro lado, alguns pesquisadores procuram relativizar o possível aumento, fundamentando suas críticas nos poucos dados existentes na área, nas limitações à obtenção de informações oficiais e no argumento de que o crescimento da criminalidade entre os jovens acompanha o crescimento da criminalidade adulta (Miller, apud Craidy, 1997). Em pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência e pela Fundação Seade (NEV-USP/Seade, 1995), questiona-se o au-

(1) Existem diversos estudos em relação à delinqüência e, em especial, à delinqüência juvenil. Entendemos que o uso desse conceito deve se restringir apenas ao fenômeno como uma categoria de análise, não devendo ser utilizado para a qualificação do adolescente em particular. Neste trabalho, quando nos referirmos aos adolescentes que compõem a nossa amostra, procuraremos manter a denominação *autor de ato infracional* ou *em conflito com a lei*, por concordarmos com os pressupostos que sustentam essa forma de qualificação e que fundamentam o Estatuto da Criança e do Adolescente.

mento da participação da população jovem na criminalidade urbana. No estudo, que compreendeu o período de 1988 a 1991, verificou-se, a partir de 1989, uma pequena tendência de diminuição de ocorrências infracionais cometidas pelos adolescentes. A pesquisa constatou também que, comparando-se com a população adulta, mesmo seguindo padrões infracionais semelhantes, aquelas infrações praticadas pelos jovens possuem menor intensidade de violência (Adorno, 1995). Além disso, essa participação se dá de modo diferenciado também em termos quantitativos, uma vez que diversas pesquisas apontam que a própria proporção dos adolescentes, no total de crimes cometidos, é muito menor do que a da população adulta (Volpi, 1997).[2]

Diante de um quadro pouco conclusivo, as representações sociais acerca da gravidade das ações praticadas pelos jovens carecem de reais fundamentações. A despeito da discordância existente em relação ao aumento da participação dos adolescentes em atos infracionais, assiste-se, na nossa sociedade, à formação de uma crença em um maior agravamento da criminalidade juvenil, que supostamente estaria auxiliando na elevação das estatísticas sobre os eventos violentos em geral. Essa forma de interpretação do problema alimenta as representações baseadas na periculosidade dos adolescentes e dá espaço para especulações de diversas ordens. Por exemplo, alguns setores sociais têm justificado o possível aumento dos jovens na criminalidade por um "afrouxamento" das leis, que teria ocorrido, no País, no final da década de 80 e início da década de 90, em especial com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal 8.069/90), que estabelece um sistema mínimo de garantias aos adolescentes autores de atos infracionais. Esses setores concebem os direitos dos adolescentes como "facilitadores" ao crime e promotores de uma suposta impunidade e, ao mesmo tempo, produzem e fortalecem discursos que pregam a redução da idade penal brasileira.

A sistematização dos dados das instituições de controle social da violência, únicas fontes disponíveis de informação sobre a criminalidade, é deficitária e apresenta limitações. Assim, a opinião pública se forma e ocupa espaço pela inexistência de referenciais objetivos para efetivamente "medir" a participação dos jovens em crimes (Mendez e Costa, 1994). O não conhecimento dos elementos envolvidos nessa problemática, além de dificultar as ações na área, aponta para falsas justificativas. Num processo histórico e cultural de penalização da infância, criminalização da pobreza e violação de direitos básicos, não são as instituições responsáveis pela aplicação da lei que são questionadas, mas, sim, os direitos dos adolescentes.

Essa problemática não acontece de modo muito diferente nas cidades de pequeno e até mesmo médio porte, com a agravante de que a sistematização das informações é ainda mais precária nessas cidades, abrindo possibilidades de especulações bastante infundadas, das mais diversas ordens. Diante da ausência de

(2) Segundo Volpi (1997), o Censo Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, em 1994, apresentava uma taxa de 88 presos adultos por 100 mil habitantes no Brasil. Em pesquisa por ele organizada, encontrou-se a média de 2,7 adolescentes privados de liberdade por 100 mil habitantes.

informações sistematizadas acerca da problemática aqui abordada no município de Ribeirão Preto, localizado na região nordeste de São Paulo, buscamos, nesse trabalho, contribuir no debate sobre o envolvimento do jovem em atos infracionais, através da criação de uma base de dados que nos permita refletir sobre as transformações ocorridas, ao longo de 13 anos, na prática infracional dos adolescentes que tiveram envolvimento com a Justiça da Infância e Juventude.

As considerações feitas nesse texto são baseadas em duas etapas de coleta de dados. A primeira relaciona-se à quantidade das infrações. Foram levantadas informações junto ao Livro de Registro de Feitos do Juizado da Infância e Juventude de Ribeirão Preto, permitindo a apresentação dos resultados do total de registro de infrações (13.204), relativas ao período de 1984 a 1996. Foi necessária uma categorização das infrações, chegando-se a 31 tipos diferentes, que foram posteriormente classificados e agrupados de acordo com categorias mais genéricas, sendo elas: contravenções penais; infrações contra a pessoa; infrações contra o patrimônio; infrações contra os costumes; infrações contra a incolumidade pública; infrações contra a paz pública; infrações contra a fé pública; infrações contra a administração; tráfico de entorpecentes; uso indevido e porte de entorpecentes.

A segunda etapa refere-se a uma tentativa de melhor compreender e refletir sobre a qualidade das infrações. Utilizaremos, para isso, parte dos resultados coletados em uma amostra de 2.377 processos, do período de 1986 a 1996.

2. A evolução de acordo com o número de infrações

O número de infrações que se tornaram processo no Juizado da Infância e Juventude, ao longo dos anos, teve um aumento razoável, o que pode ser verificado na tabela I:

Tabela I: Distribuição dos processos infracionais no período de 1984 a 1996

	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Total de Processos Infracionais	741	578	218	249	120	827	1109	1301	1475	1515	1558	1558	1956

Quando comparados com o crescimento populacional, esses dados constituem-se em um instrumento interessante na busca de indícios que possam auxiliar a discussão sobre a evolução dos processos infracionais e seu possível aumento ou diminuição. No nosso caso, existe uma tendência de crescimento no registro de processos no período estudado.[3] Esse aumento no número de processos foi de 163,97%, de 1984 a 1996. A população dos dez aos 19 anos, em Ribeirão Preto,

(3) Segundo informações colhidas junto a uma Delegacia, a orientação geral da Polícia é de que todos os casos que envolvam adolescentes em conflito com a lei, independentemente de sua gravidade, devem ser encaminhados à Justiça da Infância e Juventude.

por sua vez, cresceu 26,94%, segundo a Fundação Seade (1998). Diante desses números, a realidade da cidade de Ribeirão Preto (SP), com aproximadamente 460 mil habitantes,[4] não parece se diferenciar daquela de grandes centros urbanos, onde o acentuado aumento das estatísticas oficiais tem sido interpretado como um indicador do aumento da criminalidade e da violência urbanas.

São em resultados desse tipo que têm se apoiado os segmentos contrários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Contudo, esses dados devem ser olhados com bastante cuidado.

Atribuir o aumento da violência apenas a um único fator, no caso, a uma lei que estimularia a prática de atos infracionais devido a uma suposta impunidade, é reduzir e simplificar a questão da violência e da criminalidade.

A elevação ou diminuição das infrações não pode ser explicada por apenas um elemento. Wieviorka (1997), por exemplo, aponta para a necessidade de quatro níveis de análise na abordagem da questão da violência: o sistema internacional, os Estados, as mutações societais e a constituição do individualismo contemporâneo. Para o autor "... este esclarecimento é completado e precisado se a análise levar em conta, além disso, as transformações que afetam as relações entre os níveis, suas articulações, sua correspondência, ou, se preferirem, sua integração" (p. 15).

Os próprios dados nos apontam para um dos inúmeros fatores envolvidos na questão da produção e variação das estatísticas oficiais: a contribuição das instituições de controle social da violência. Em nosso estudo, embora não haja nenhum registro oficial, pode-se supor que teriam ocorrido mudanças nos procedimentos de entrada de processos nos anos de 1986, 1987 e 1988, quando baixos números foram registrados em relação aos anos anteriores. Fica difícil sustentar que esse decréscimo, de forma tão acentuada, tenha ocorrido sem qualquer interferência da polícia e em especial do Judiciário, principalmente se considerarmos que em 1985 houve a instalação de dois distritos policiais, localizados nas regiões com a maior concentração de habitantes do município,[5] o que dificulta a hipótese de reduções provocadas apenas por mudanças de encaminhamento realizadas pela polícia.

Uma outra informação pode ser retirada quando examinamos se o aumento coincide com o aparecimento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dividindo-se o período estudado em dois, anterior e posterior ao ano de publicação da lei, encontramos as seguintes porcentagens: de 1984 a 1990, os processos crescem

(4) Segundo estimativas da Secretaria do Planejamento do Município de Ribeirão Preto, realizadas a partir do Censo IBGE (1980 e 1991), a população urbana era formada por 457.037 habitantes, em 1993. Fonte: Secretaria do Bem-Estar Social (1997). Plano Municipal de Assistência Social de Ribeirão Preto (mimeo).

(5) Em 16.08.1985 foram instalados o 5.º e o 6.º Distritos Policiais de Ribeirão Preto. O 5.º DP abrange uma área de 20 bairros, localizados na região norte do município, e o 6.º, 17 bairros situados na região oeste. Fonte: 5.º e 6.º Distritos Policiais.

49,53% e a população juvenil, 12,48%; e, de 1990 a 1996, os processos apresentam crescimento de 76,53%, e a população, dos dez aos 19 anos, de 12,86%. Como se constata, existe um aumento nas porcentagens de crescimento. Contudo, fica evidente que o aumento no número de processos não é um fenômeno que começa apenas após 1990, ou seja, após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de um fenômeno que também ocorre nos anos anteriores. Nota-se ainda que o aumento maior, que ocorre no período posterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, coincide com a instalação de um novo distrito policial no município,[6] o que pressupõe um incremento na atuação da polícia e, conseqüentemente, um maior encaminhamento de adolescentes ao Judiciário. Além disto, deve-se levar em conta que boa parte do aumento nos processos, nos anos posteriores ao Estatuto da Criança e do Adolescente, ocorre naqueles mais distantes da publicação da lei, principalmente, na passagem de 1995 a 1996, quando foi registrado um crescimento de 25,55%.

Verifica-se, pois, que o simples critério da quantidade de registro das infrações não permite sustentar especulações sobre uma possível influência da publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente no aumento do registro de infrações praticadas por adolescentes. Além disso, na direção do que propõe Wievorka, assim como não é possível reduzir o fenômeno a um único fator explicativo, também não é possível, a partir dos dados coletados nas agências de controle social da violência, afirmar que houve um aumento da criminalidade real. Os números aqui apresentados são somente uma amostra dessa criminalidade. O aumento aqui relatado trata-se de um aumento na quantidade de registros, necessitando assim de estudos e análises complementares para um melhor exame da situação.

3. A evolução de acordo com o tipo de infração

A distribuição das infrações mostra que o padrão infracional registrado no Juizado da Infância e Juventude de Ribeirão Preto, de 1984 a 1996, diferencia-se pouco daqueles encontrados em pesquisas realizadas em outras épocas e municípios brasileiros.

As infrações *contra o patrimônio* (incluindo *furto, roubo, danos, estelionato* e outras) são as mais freqüentes, representando 40,88% do total de processos, com variações que vão de 28,90%, em 1986, a 51,16%, em 1994.

A liderança dos crimes contra o patrimônio vem se mostrando historicamente constante no País. Em pesquisa realizada por Schneider (1982), no final da década de 60 e início da década de 70, em Porto Alegre, essas infrações figuravam como as de maior freqüência (65,9%). Volpi (1997) cita dados de pesquisa realizada pelo Gabinete de Assessoria às Organizações Populares (Gajop) junto a duas Varas da Infância e Juventude da Comarca de Recife. Em 1994, as

(6) Em novembro de 1994, foi instalado o 8.° Distrito Policial, que compreende uma área de 18 bairros. Fonte: 8.° Distrito Policial.

infrações contra o patrimônio representavam 22% do total. Outro estudo citado pelo mesmo autor refere-se a um levantamento realizado pela Segunda Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, que encontrou 57% de crimes contra o patrimônio.

A tabela II permite visualizar a distribuição das categorias infracionais ao longo dos anos do estudo, evidenciando as mais freqüentes.

Tabela II – Porcentagem das Infrações por Categorias (1984 – 1996)

	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Infrações													
Contra Patrimônio	39,68	34,95	28,9	29,72	34,17	30,83	36,55	41,05	41,15	48,25	51,16	47,05	33,84
Contravenção Penal	33,33	33,21	35,32	35,34	5,83	35,31	31,41	26,67	26,78	24,95	20,54	22,66	31,54
Contra a Pessoa	12,02	16,78	17,43	15,66	18,33	11,25	14,89	18,75	14,78	13,2	16,43	14,25	16,36
Uso de entorpecentes	6,88	4,33	3,21	5,23	0,83	0,97	3,16	4,56	5,88	6,14	4,55	7,51	10,48
Costumes	1,75	2,94	3,21	4,02	4,17	1,57	1,53	2,15	2,03	2,24	2,31	1,86	1,43
Incolumidade público	0	0,17	0	0	0	0,12	0	0,08	0,07	0,13	0,06	0	0,26
Contra a paz	1,21	0,35	0,46	0,4	0	0,73	1,35	0,54	0,75	0,92	1,48	1,28	0,31
Contra a fé	0	0	0,46	0	0	0	0	0	0	0	0,13	0,39	0,15
Administração	0,27	0	0	0,8	0	0,36	0	0,54	0,47	0,46	0,9	0,39	0,77
Tráfico de Entorpecentes	0,54	0,52	0,46	0,4	1,67	0,24	1,08	0,54	1,15	1,19	1,48	3,02	4,86
Sem definição	0	0	1,83	0,8	3,33	0,48	0,45	0,15	0,2	0,92	0,77	1,15	0
Sem Informação	4,32	6,75	8,72	7,63	31,67	18,14	9,57	5	6,78	1,58	0,19	0,45	0
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100

Em seguida às infrações *contra o patrimônio* aparecem as *contravenções penais* (*porte de arma, falta de habilitação, vias de fato, direção perigosa*), com 27,73%, as infrações *contra a pessoa* (como, por exemplo, *homicídios, lesões corporais* e *ameaças*), representando 15,18% do total de processos, e *uso e porte de entorpecentes* (5,83%). Em quinto lugar, com 2,02%, estão as infrações *contra os costumes* (*estupro, atentado violento ao pudor* e *sedução*); na sexta colocação, está o *tráfico de entorpecentes* (1,76%).

Quando consideramos as infrações isoladamente, verificamos que *furto* apresenta maior incidência, com 30,09% do total. Essa porcentagem é parecida com a encontrada pelo estudo NEV-USP/Seade (1995), em que os dados gerais de *furto*, somando-se também as *tentativas de furto*, representam 29,90% do total das infrações.

As infrações mais freqüentes são mais bem visualizadas na tabela III:

Tabela III – Porcentagem das infrações em relação ao total de processos (1984 – 1996) Número bruto das infrações no início e no fim do período estudado (1984 e 1996)

Infrações	Número total de processos	% em relação ao total (13.204 processos)	Freqüência no início do período estudado (1984)	Freqüência no fim do período estudado (1996)	Razão Fim/Início
Furto	3973	30,09	236	393	1,66
Falta de habilitação	3.108	23,54	239	478	2
Lesão corporal dolosa	927	7,02	56	148	2,64
Roubo e extorsão	780	5,91	29	176	6,07
Uso e porte de entorpecente	770	5,83	51	205	4,02
Porte de arma	397	3,01	5	94	18,8
Danos	394	2,98	16	50	3,13
Contra a liberdade individual	317	2,40	5	82	16,4
Contra a honra	275	2,08	7	4	0,57
Lesão corporal culposa	239	1,81	13	18	1,38
Tráfico de entorpecente	232	1,76	4	95	23,75
Estelionato e outras fraudes	155	1,17	9	14	1,56
Vias de fato	148	1,12	3	40	13,33
Homicídio doloso	114	0,86	1	40	40
Contra a paz pública	115	0,87	9	6	0,67
Outras	1.260	9,54	58	113	1,95
Total	13.204	100	741	1.956	2,64

Como se pode observar, há uma variação positiva entre o início e o fim do período, e as infrações, no conjunto, variam 2,64 vezes. A amplitude de variação entre o ano inicial e o final é, contudo bastante grande, chegando a atingir a maior razão no caso do homicídio, enquanto há uma redução no registro de crimes contra a honra e a paz pública.

Os dados da tabela acima nos chamam a atenção para outros dois aspectos: 1 – as infrações com menor representatividade em termos de porcentagem, no conjunto dos processos, são as que mais crescem ao longo do período; 2 – essas infrações são aquelas que envolvem maior violência. A articulação desses dois aspectos serve como indício para pensarmos que pode estar ocorrendo uma modificação no padrão das infrações registradas no Juizado da Infância e Juventude no município. Uma modificação que, embora restrita e lenta, caminha no sentido de um maior agravamento das infrações. É o *homicídio*, a mais violenta das infrações, que apresenta maior crescimento. A sua participação, em relação ao total de processos em cada ano, variou de 0,13% (1984) a 2,04% (1996). Em seguida, aparece o *tráfico de entorpecentes*, que variou de 0,54% a 4,86%, em relação ao total de processos em cada ano.

Com certeza, a natureza dos dados coletados nesse trabalho não nos possibilita fazer afirmações conclusivas. São necessários estudos complementares, em especial sobre a atuação da polícia no município. No limite desse trabalho, gostaríamos aqui de apenas provocar questionamentos sobre a problemática estudada. Tomando como base a natureza das infrações que tiveram o seu registro aumentado, podemos identificar, *grosso modo*, três blocos: um, que se refere às drogas (como *tráfico* e *uso indevido de drogas*); outro, formado por infrações que implicam em conflitos intersubjetivos (*ameaças, brigas, homicídios*); e o terceiro, que envolve a presença de armas (*porte de arma* e *roubo*).

3.1 O caminho das drogas: uma "alternativa" bastante atraente

Constantemente, nos diferentes meios sociais e às vezes científicos, é feita uma associação bastante direta entre drogas e delinqüência, o que nos parece merecer alguns questionamentos.

Pesquisadores de um estudo realizado no México (Garza et al.,1987) chamam a atenção para a necessidade de se questionar o mito que se formou em torno dessa relação. Seus dados mostraram que apenas 24% dos adolescentes infratores do estado de Tamaulipas, no período estudado, usavam inalantes e/ou outras drogas ilegais. Para os autores, "... a afirmação de que o menor infrator é fármaco-dependente é discutível. Inclusive as pessoas que trabalham com menores tendem a compartilhar o equivocado conceito de que se 'terminasse com a farmacodependência não existiriam os infratores'" (p. 72).

Assumir uma postura menos mistificadora da influência das drogas na prática infracional possibilita situar melhor o problema e considerar as especificidades das infrações. Além disso, apenas referir que as drogas são responsáveis por certa parcela das infrações não nos ajuda a compreender o significado e a magnitude dessa influência. Por exemplo, um grupo de adolescentes autores de atos infracionais, como os que cometem estupro, podem acabar sendo negligenciados pelos estudos, uma vez que grande parte deles privilegia a compreensão do conflito com a lei a partir da sua relação com as drogas. O próprio furto também acaba por assumir, nas representações que circulam em nossa sociedade, uma justificativa baseada na necessidade de manutenção de um vício, dificultando o conhecimento das nuances e de outras significações em torno dessa infração. Há que se considerar ainda que, mesmo entre aquelas infrações relacionadas diretamente às drogas, existem também especificidades. É bastante diferente um adolescente que é apenas usuário daquele que assume as funções de "avião" ou dos que traficam grandes quantidades de drogas. Entre os usuários, também o tipo e a quantidade da droga fazem diferença. Em nosso estudo, vários adolescentes foram processados por *uso e porte de entorpecentes* por estarem usando cola de sapateiro ou maconha. Outros, ainda, por portarem instrumentos que são utilizados no consumo do *crack*. Alguns foram pegos com ínfimas gramas de drogas, enquanto outros portavam quantidades consideráveis. O dado numérico em si,

resultante da categorização necessária em um tipo de pesquisa como a nossa, endurece a realidade e encobre delineações bastante diversas.

Uma vez feitas essas considerações, podemos agora discutir as infrações diretamente relacionadas às drogas como parte integrante de um modelo infracional que se agrava ao longo do período estudado.

As infrações relativas às drogas (*tráfico* e *uso indevido e porte de entorpecentes*), juntas, representam 7,79% do total de processos, ficando atrás somente de *furto* e *falta de habilitação*. Especialmente com o crescimento do *tráfico*, elas podem começar a configurar um novo padrão de infrações, possivelmente mais engajado em estruturas organizadas de crime.

Discutir a participação nesse tipo de infração requer refletir sobre as motivações e determinações que conduzem e recortam o caminho do adolescente na sua direção. A relação entre o comércio das drogas e a criminalidade tem sido um dos focos de investigação na área da violência, intensificando-se na última década e somando-se às teses tradicionais que tentam explicar a violência pelos processos envolvidos na urbanização, na industrialização e no desemprego. Para alguns autores, essa relação fundamenta-se na lógica da ilegalidade desse comércio (Bertram et alii, 1996). Na clandestinidade, os envolvidos estariam criando formas próprias de consolidação de um mercado consumidor, onde as relações de poder e as resoluções de conflitos, decorrentes, por exemplo, da competição por pontos de venda, estariam ocorrendo à margem da lei. Nesse negócio, que se mostra como uma das atividades mais rentáveis que existem, o que impera seria o vale-tudo. A introdução de um novo produto no narcotráfico, por exemplo, provocaria rearranjos nas estruturas preexistentes, uma vez que a disputa por espaço e por pontos de venda poderia alterar profundamente as relações já existentes entre os seus agentes. E é também com base nesse princípio que se tem interpretado, em parte, o aumento na criminalidade violenta nos últimos anos, uma vez que na década de 90 surgiu, no Estado de São Paulo, um novo produto: *o crack*.

Além das explicações baseadas na transformação da dinâmica no narcotráfico, também as próprias características dessa nova droga são tomadas como justificativas para o aumento da criminalidade. Essas vinculações, divulgadas também na mídia, começam a fazer parte do imaginário social, associando o aparecimento do *crack* ao aumento nos índices de violência.

Num trabalho de jornalismo investigativo, Uchôa (1996) afirma que o *crack* foi notificado pela primeira vez em São Paulo em 1990, e tem sido apontado como uma das mais poderosas e devastadoras dentre as drogas conhecidas. O poder de desestruturação física e social dos usuários tem servido para a justificação quanto aos atos que venham a ser praticados por seus usuários, bem como para a sua dificuldade de entrada em locais onde o tráfico é altamente estruturado. Leeds (1996) sustenta que a estrutura do crime organizado, como, por exemplo, no Rio de Janeiro, em parte dificultou a penetração do *crack* naquela cidade, como forma de manter e garantir a continuidade das relações já estabelecidas, centradas nos produtos tradicionais. Passível ou não de sustentação, essa tese é

bastante interessante para ilustrar o quanto essa droga pode ser temida e vista como desestruturadora pela população em geral, pela mídia e até mesmo pelos "profissionais" do tráfico.

De fato, sendo o *crack* mais barato, portanto de mais fácil acesso, podemos supor que novos atores sociais começaram a ingressar também nesse mercado e novas redes de relações vêm se estabelecendo entre usuários, traficantes e polícia.

Segundo Uchôa (ibidem), já em 1990, o *crack* podia ser encontrado no interior do Estado de São Paulo. As suas palavras em relação à presença do *crack* em Ribeirão Preto são contundentes: "O *crack* já representa hoje cerca de 60% do volume de drogas consumidas em Ribeirão Preto, conhecida como a 'Califórnia brasileira' por sua população endinheirada. A próspera cidade de 500 mil habitantes integra a 'Rota Caipira' de distribuição da droga. Pelos cálculos do Dise, o consumo mensal atinge 60 mil pedras e movimenta R$ 5 milhões por ano aos traficantes da região" (p. 74). Mais adiante, ele ainda continua: "... por estar localizada na passagem obrigatória entre os laboratórios bolivianos e o eixo Rio–São Paulo, Ribeirão Preto tornou-se importante centro de consumo e distribuição de drogas. Os traficantes da região abastecem viciados e pequenos distribuidores da região de Campinas, Baixada Santista e Triângulo Mineiro" (p. 75).

Os dados disponíveis na Delegacia Seccional de Polícia de Ribeirão Preto (s/ d) – anos 1995 e 1996 –, relativos ao número de ocorrências de tráfico na população em geral, indicam que, em 1995, foram registrados 185 casos de tráfico de entorpecentes de autoria conhecida e, em 1996, 266 casos. Comparando-se com o número de processos da mesma infração no Juizado da Infância e Juventude, observamos que os adolescentes representam 25,41% das ocorrências registradas em 1995, e 35,41% em 1996, uma vez que o total de processos no Juizado, em 1995 e 1996, foi 47 e 95, respectivamente. Essas porcentagens nesses dois anos mostram-se relativamente altas, principalmente se compararmos os dados da população em geral e os dos adolescentes, referentes a uma outra infração. Por exemplo, em relação à lesão corporal dolosa,[7] verificamos que a participação dos adolescentes é de 5% em 1995 e 7% em 1996.

A análise do registro de processos de jovens em infrações relacionadas ao comércio das drogas não pode ser vista independentemente das condições sociais e econômicas atuais, principalmente articuladas às características da fase de desenvolvimento vividas na adolescência. Nosso momento é marcado por uma profunda contradição. Na sociedade capitalista e de consumo, ocorrem cobranças diárias de eficiência e desempenho. O mercado bombardeia o indivíduo com mensagens que, a partir da ótica da vantagem, apresenta possibilidades de obtenção de serviços e produtos cada vez mais sofisticados e caros, e, mais do que isso, valorizados socialmente como sinônimos de sucesso e felicidade. Nesse contexto, como afirma Castro (1998:18), "as construções identitárias da contempora-

(7) A lesão corporal dolosa, por constituir-se em uma infração em que há contatos físicos diretos, possibilita, na grande maioria dos casos, a identificação do infrator.

neidade apontam (...) na direção da radicalização do individual onde o sujeito apenas se reconhece na apoteótica realização dos ditames da cultura de consumo". Paradoxalmente, as dificuldades dos jovens para conquistarem o primeiro emprego têm sido cada vez maiores, inexistindo ainda espaços alternativos que possibilitem a elaboração do problema por parte dos excluídos desse processo.

É certo que, como afirma Wieviorka (1997), questões relacionadas ao consumo ou ao desemprego não são novas em nossas sociedades, nem mesmo são novas para a população jovem. A novidade, para o autor, está mesmo na intensificação de tudo o que se refere ao individualismo contemporâneo, ocorrida nos processos de mundialização. Nas palavras de Wieviorka, "... o indivíduo moderno quer participar da modernidade, do que ela oferece, do que ela promete, do que ela mostra através dos meios de comunicação e das solicitações de consumo de massa, cujo espetáculo está doravante mundializado. Por outro lado, o indivíduo quer ser reconhecido como sujeito, construir sua própria existência, não ser totalmente dependente de papéis e normas..." (p. 23). Dessa forma, "o ator de muitas violências instrumentais, por exemplo, engaja-se com finalidades econômicas; ele quer o dinheiro para consumir, comprar para si e eventualmente para os seus. De modo bem distinto, a violência pode assumir uma feição extrema, ilimitada, relacionada com um desejo, frustrado, de aceder aos frutos da modernidade e sem que se trate de utilizá-los como recurso para alcançar determinados fins. Isso a aproxima de condutas informadas pela raiva de não ser reconhecido, pelo sentimento de uma injustiça vivida, pela interdição de o indivíduo tornar-se sujeito..." (p. 23).

Essas situações afetam diretamente os processos de formação de identidade vivenciados na adolescência. Violante (1997), partindo de uma postura psicanalítica, oferece alguns referenciais para a análise: "Ao sair da infância, o Eu deve poder auto-investir e projetar-se no futuro, na esperança de ter, então, alcançado os seus ideais" (p. 58). Em outro trecho, ela afirma que "para constituir-se, o Eu exige realidade: prazer real, significação e reconhecimento advindo de, pelo menos, um outro Eu que lhe sirva de ponto de apoio, modelo identificatório e suporte de investimento (...) Dessa maneira, a constituição do Eu não pode ser pensada fora do registro sociocultural" (p. 58).

Numa situação marcada pela precariedade das condições sociais e limitações no mercado de trabalho e na oferta de empregos, são as perspectivas de futuro, e por que não dizer também do presente, que se encontram ameaçadas para o adolescente. O comércio das drogas se apresenta, nesse cenário, como uma alternativa bastante atraente. O sucesso dos traficantes e as possibilidades de ganharem mais do que ganhariam em qualquer emprego ou programa destinados aos adolescentes de camadas baixas podem se constituir em estímulos bastante fortes.

Nessa direção, podemos citar o estudo etnográfico realizado por Williams (1989) durante cinco anos em bairros da cidade de Nova Iorque. Segundo o autor, os adolescentes traficantes que ele acompanhou não desejavam nada mais do que obter dinheiro, sucesso e serem reconhecidos, como em qualquer outro emprego. Para ele, os motivos para a entrada no tráfico encontram-se na queda do oferecimento de emprego e na emergência de oportunidades ilegais, em que o comércio

de drogas ilícitas se apresenta como a alternativa mais rápida de se conseguir alguma renda. O autor vai além. No aliciamento de jovens, ou seja, na trama envolvida no processo *identificação* por parte do adolescente e *sedução* por parte dos traficantes, os jovens, para trabalharem na indústria da droga, são observados e avaliados quanto às suas capacidades, inclusive as de acobertamento e de fuga. Ser escolhido é ser valorizado e reconhecido por um outro *Eu*.

3.2 Para ser grande é preciso ser forte: violência e conflitos intersubjetivos

O segundo grupo de infrações que contribuiu para o agravamento dos processos registrados no período estudado é composto por aquelas que envolvem conflitos intersubjetivos. As que mais cresceram foram: *homicídio*, infrações *contra a liberdade individual* e *vias de fato*. Embora socialmente rejeitadas, elas constituem estratégias utilizadas para solucionar desavenças e desentendimentos. O aumento dessas infrações permite levantar questionamentos acerca das competências sociais e dos mecanismos que vêm sendo utilizados pela população jovem para a resolução dos seus conflitos, mecanismos esses que permitem inclusive a geração de novos conflitos.

As três infrações classificadas nesse grupo situam-se entre aquelas que são praticadas contra a pessoa. E são essas as infrações que possuem maior poder de mobilização de opinião pública. Apesar das dificuldades e crises econômicas e da liderança nas estatísticas oficiais, não são as infrações contra o patrimônio as que mais crescem, mas, sim, as infrações praticadas contra a pessoa. Zaluar (1996) usa esse crescimento para romper com explicações que se fundamentam apenas na pobreza como a causa da criminalidade e do seu aumento. Em estimativa realizada pela autora, menos de 1% da população de um bairro pobre do Rio de Janeiro optou por uma carreira de crime. Para Carvalho (1999), o tema da pobreza e criminalidade configurou-se como um debate acirrado, principalmente nos anos 80.

Na verdade, no Brasil, é a crise institucional que tem sido identificada como um fator fundamental nesse processo de agravamento da violência intersubjetiva. Para Zaluar (1994), "entre as concepções seculares do mal, figurou uma visão sociológica vulgar, que imputa 'causas sociais' ao aumento da violência. Essa visão tornou-se senso comum, mas ela perdeu para a perspectiva muito mais forte, que é a interpretação institucional deste fenômeno amedrontador do Brasil metropolitano moderno..." (p. 98). Nesse mesmo sentido, podemos referir Adorno (1995), para quem a inter-relação dos dados relativos aos crimes de conflitos intersubjetivos revela "... uma espécie de 'vazio institucional' mediando os conflitos nas relações entre cidadãos e grupos sociais. Seu efeito principal é 'objetivar' o recurso à violência como forma imperativa e moralmente válida de solucionar pendências as mais diversas" (p. 325). Em sua revisão sobre os estudos acerca da violência criminal urbana no Brasil, Carvalho (1999) conclui que "em cada estudo, comprovou-se a hipótese de que as instituições, ao invés de fatores socioeconômicos, são mais adequadas para pensar a criminalidade e reincidência" (p. 316).

Nessa problemática, segundo vários cientistas sociais, a percepção da não distribuição de justiça e da não aplicação das leis de forma igualitária tem provocado um aumento no nível da litigiosidade coletiva e da criminalidade, através da busca de mecanismos violentos ou ilegais para a mediação das relações sociais.

Além disso, como afirma Adorno (1994), a contemporaneidade, caracterizada por grandes mudanças sociais, propicia "... novos padrões de sociabilidade exacerbando o individualismo e embaralhando as tradicionais relações entre espaços público e privado..." (p. 7). Por conseguinte, surgem novas formas de conflitualidade. As ameaças e as brigas podem então ser lidas como partes de uma cultura de confrontação da sociedade contemporânea, em que existem a perda de certos critérios de regulamentação das relações sociais e o aumento de conflitos interpessoais.

Ainda de acordo com Zaluar (1996), o aumento dos crimes violentos nas regiões metropolitanas poderia ser explicado como efeito da combinação da crise institucional com diversos fatores, como a visibilidade da privação relativa, as novas formas de organização familiar, os novos padrões de consumo, o novo *ethos* do trabalho, o hedonismo, o sistema escolar, as políticas públicas para a infância e juventude e para os usuários de drogas, e a presença de uma organização criminosa que se fortalece (p. 74).

Certamente, esses fatores explicam não apenas o atual estado da violência, de um modo geral, mas, também, o aumento da gravidade nos registros das infrações praticadas pelos adolescentes. Principalmente os adolescentes de camadas baixas e moradores em regiões periféricas sentem no dia-a-dia, de forma concreta, as diferenças de tratamento dispensado pelas instituições do Estado às demandas da população. A crítica às instituições de controle social, como a polícia e a justiça, está bastante presente em diferentes formas de manisfestação da cultura jovem, em especial daquelas relacionadas à chamada cultura de rua, como o *hip hop*.

Além disso, no caso dos jovens, um elemento a mais é adicionado aos fatores referidos. A busca por uma identidade, vivida e significada socialmente e nos meios científicos como mais intensa no período da adolescência, não se dá de forma harmônica. Ao contrário, ela se constrói através de movimentos de oposição, conflitos e desafios em relação à ordem estabelecida. A oposição, do ponto de vista do desenvolvimento psicológico, é considerada importante na medida em que, ao possibilitar a vivência de papéis e contrapapéis, favorece o processo de diferenciação/contraposição, permitindo a formação de uma individualidade.

Nesse contexto, as infrações relacionadas aos conflitos intersubjetivos, embora envolvam o uso de violência, em muitos casos são cometidas apenas como forma de manifestação momentânea dos conflitos psicossociais vividos nessa fase. Várias brigas acontecem em escolas, onde a necessidade de auto-afirmação exacerba-se diante do grupo de colegas, juntamente com a busca pelo prazer imediato. Em vários casos, as infrações podem ser eventos isolados, não voltando a acontecer na vida adulta.

Também as explicações que Leczneiski (1995) dá à cultura dos meninos de rua podem nos servir quando consideramos os adolescentes que cometem infrações resultantes de conflitos interpessoais. Para a autora, em um meio que requer habilidades para lidar com situações de perigo e ameaça, "... a recorrência das brigas pode ser interpretada como um campo privilegiado de ensaio e apuração, para si e para os outros, das capacidades corporais valorizadas. Como demonstração de atributos pessoais, estariam ainda, nessas encenações, demarcando posições hierárquicas de liderança. Contemplando todas essas dimensões, a briga se revelaria como articuladora significativa de variáveis de importância tanto simbólica como prática..." (p. 109).

Ao se sugerir que, na adolescência, as infrações relacionadas aos conflitos intersubjetivos podem não se estruturar da mesma forma do que na população adulta, não se pretende aqui negar a sua gravidade e/ou o seu possível aumento. Ao contrário, a afirmação requer um esforço maior para a compreensão dos modelos identificatórios disponíveis aos adolescentes em nossa sociedade. Requer pensar como a ineficácia das instituições e a ausência de padrões de regulamentação afetam de modo particular e diferenciado a população jovem.

Talvez pudéssemos aventar que os efeitos sejam de fato maiores nos jovens, uma vez que é a eles que se atribui historicamente o papel de transgredir. Dentre as fases do ciclo vital, a juventude é caracterizada e significada socialmente por uma maior possibilidade de criar, de mudar, de transformar e ampliar, abrir novos canais de socialização predefinidos. Figueiredo (1998) sintetiza bem esse aspecto da questão da adolescência e violência: "... sugiro que se pense no adolescente como uma espécie de termômetro da impropriedade. Em sua inconsistência própria, entre a infância e a idade adulta, um pouco dos dois lados e nada inteiramente, procurando com afinco 'o próprio eu para que lhe possa ser fiel', recusando soluções pré-fabricadas, 'evitando conciliações' e 'soluções falsas'..., sentindo a 'necessidade de desafiar' e 'espicaçar' a sociedade... não se tornará o adolescente brasileiro um verdadeiro pára-raios das nossas impropriedades, com uma sensibilidade apurada para as inconsistências do meio em que vive? Não se transformará, assim, em um elo importante para a transmissão e potencialização da violência social?" (p. 62).

A incapacidade de resolver os conflitos a partir de uma perspectiva da negociação atinge o seu ápice e últimas conseqüências na prática do *homicídio*. Em nossa amostra, o crescimento apresentado pelo *homicídio* chega a ser quase duas vezes maior do que o da segunda infração. Comparando-se os casos praticados, atribuídos e/ou assumidos pelos adolescentes com os da população em geral, verifica-se uma porcentagem razoavelmente alta no caso dos adolescentes. Em 1995, enquanto a Delegacia Seccional de Polícia (s/d) registra a ocorrência de 28 homicídios de autoria conhecida, no Juizado da Infância e Juventude são encontrados 15 processos de homicídios atribuídos aos adolescentes. É importante dizer que, a exemplo do que ocorre com o tráfico, também crescem os homicídios em 1990. O número de casos sobe de dois (em 1989) para seis (em 1990). Em 1993 e 1996, o *homicídio* apresenta crescimentos ainda maiores.

É no *homicídio* que a violência atinge sua máxima concretização. Embora o conceito de violência seja bastante complexo, parece-nos apropriada a definição formulada por Santos (1995), que a caracteriza como um dispositivo de poder. Quais são então as significações de poder presentes em nossa sociedade? Que poderes estão sendo oferecidos e possibilitados aos nossos jovens? Como esses poderes permeiam a construção de suas subjetividades?

3.3 Ter arma é ter poder

As infrações relativas ao porte de arma completam o terceiro bloco dentre aquelas que mais cresceram. De 1984 a 1996, o porte de arma aumentou praticamente 19 vezes, variando de 0,67% a 4,81% em relação ao total dos processos em cada ano. Associado a ela, o roubo também apresenta elevação, ficando na sexta colocação dentre todas as infrações.

A presença da arma, seja de fogo ou arma branca, é um importante indício de busca de formas particulares de proteção pessoal, decorrentes das constantes situações de medo, de violência e de perigo às quais essa população em específico está submetida. Ademais, as armas podem possibilitar conjecturas a respeito de uma maior sofisticação das infrações e uma maior "profissionalização", ou melhor, um maior engajamento na "carreira" no mundo do crime.

Mas não é só isso. No mundo do crime, as armas possuem uma significação e uma simbolização bastante precisas. Ter arma é ter poder. Zaluar (1996) analisa em profundidade as significações compartilhadas socialmente em torno da arma, e que assumem, no adolescente, um significado subjetivo bastante masculinizado do crime. A autora aponta para "... repetições de certos arranjos e associações simbólicas relacionando o uso da arma de fogo, o dinheiro no bolso, a conquista das mulheres, o enfrentamento da morte e a concepção de um indivíduo completamente livre e autônomo" (p. 58). Zaluar afirma que os adolescentes dos bairros por ela estudados, "... em plena fase de fortalecimento da identidade masculina, aprendiam rapidamente um novo jogo mortal para afirmá-la, devido à facilidade de obter estas armas" (p. 59).

Além do valor simbólico relacionado à virilidade e à masculinidade dos adolescentes autores de atos infracionais, a arma possui um poder de troca bastante grande. Nos processos, não é raro o adolescente se remeter ao uso de armas emprestadas de amigos, o que pode se constituir como um instrumento que delineia hierarquizações no contexto infracional.

Resumindo, podemos dizer que, em relação ao agravamento dos atos registrados, parece-nos evidente que a contribuição de cada uma das infrações que compõem os três blocos aqui discutidos não ocorre de forma aleatória. O padrão infracional, que tende a se modificar ao longo do período estudado, no sentido de uma maior violência dos atos registrados no Juizado da Infância e Juventude, está assentado, entre outras coisas que não são abordadas nesse estudo, na conjunção de fatores que explicam, constituem e impulsionam cada um

dos grupos de infrações discutidos acima. Ou seja, é exatamente na articulação dos elementos subjacentes às infrações relativas às drogas, àquelas referentes aos conflitos interpessoais e àquelas que envolvem a posse da arma que devem ser encontradas algumas das respostas para uma possível configuração infracional mais violenta. Armas, drogas e ausência de mediadores na negociação de conflitos intersubjetivos constituem-se em ingredientes bastante poderosos na condução da violência às suas últimas conseqüências: o homicídio; ingredientes esses que encontram uma arena bastante propícia. A presença da violência no nosso dia-a-dia, feita pela invasão de imagens televisivas presentes em nossa casa e nos espaços públicos, reafirma cada vez mais uma cultura baseada na banalização da violência (Michaud, 1989), e ela é incorporada ideologicamente ao cotidiano, percebida e utilizada com trivialidade.

4. Procurando outros indícios para refletir sobre as infrações

Como discutido anteriormente, as infrações modificam-se no decorrer dos anos. Em termos quantitativos, apresentam um acréscimo e, em termos qualitativos, nota-se uma tendência a um agravamento.

A partir de uma análise mais detalhada e não apenas centrada na classificação das infrações, que se fez com uma amostra de 2.377 processos, verificamos que alguns indicadores favorecem uma melhor compreensão do padrão infracional dos adolescentes, dando conta um pouco mais da qualidade dos atos. Dentre eles: os instrumentos encontrados com os adolescentes no momento da apreensão, os antecedentes infracionais e o modo de praticar o ato (se sozinho ou acompanhado).

Quanto ao primeiro indicador, percebemos que a presença de objetos poderia apontar para a utilização de alguma arma ou outro instrumento que servisse para ameaçar, amedrontar ou ferir efetivamente uma vítima, ou até mesmo para proteção pessoal. Nos nossos dados, considerando-se o total de anos que compõem a amostra, a grande maioria dos atos (87,9%) aparece desvinculada do uso de qualquer objeto desse tipo. Os objetos classificados como cortantes, tais como facas, podões, canivetes e tesouras, aparecem em 3,35% dos casos, enquanto as armas de fogo estão presentes em 4,89%, e os outros objetos, especialmente pedaços de madeira e pedras, figuram em 3,84% dos processos. É certo, porém, que, em relação às armas de fogo, parece haver um aumento do seu uso a partir de 1989, observando-se o aparecimento, nos últimos anos, de equipamentos bem mais potentes do que os tradicionais revólveres calibre 32 e 38, que são os mais apreendidos. Em 1996, por exemplo, dentre as 40 armas de fogo que foram encontradas de posse dos adolescentes, havia uma metralhadora e, em vários anos, aparece a pistola 9 milímetros.

Em relação aos antecedentes infracionais, pode-se constatar que a maioria dos adolescentes (52,87%), no total do período estudado, dá entrada pela primeira vez na Justiça da Infância e Juventude. Ou seja, não possui nenhum registro

anterior. Se somarmos as porcentagens dos adolescentes que não possuem antecedentes com os que possuem apenas uma passagem pelo Juizado, os quais hipoteticamente comporiam uma parcela menos engajada no mundo do crime, obteremos 64,53%. O número de adolescentes vai diminuindo na medida em que se observa o aumento no número de antecedentes. Dessa forma, adolescentes que possuem de dois a quatro processos anteriores à infração atual representam 10,59%, e aqueles que possuem mais de cinco processos representam 7,45% da amostra. Nessa última categoria, estão incluídos adolescentes que chegam a ter até 32 processos anteriores, como é o caso de um adolescente que infracionou no ano de 1994.

Por último, verifica-se que, em todos os anos, a maioria das infrações foi registrada com a presença de apenas um adolescente. No total do período, esses processos representam 68,9%. Em seguida, aparecem as infrações praticadas em companhia de mais um adolescente ou adulto (19,9%). Aquelas praticadas com mais dois ou três adultos ou adolescentes aparecem, respectivamente, com 6,5% e 2,7%. As demais infrações, praticadas por cinco ou mais adolescentes, representam 2%.

A conjunção desses três fatores nos permite constatar que os dados desacreditam as afirmações realizadas em torno do "mito da periculosidade" do adolescente (Volpi, 1997; Garza, 1987), uma vez que, nos indicadores escolhidos para a análise, as maiores porcentagens referem-se às infrações cujo *modus operandi* as qualifica como de menor gravidade. As infrações são bastante simples, totalmente desprovidas de violência, sendo um número muito pequeno, em relação ao total, aquelas que são investidas de um grau maior de gravidade. Esse fato não diminui a importância dos resultados discutidos nos itens anteriores, que mostram uma tendência de crescimento do registro e das infrações mais graves, que inclusive pode estar sendo provocado por uma ação mais intensa da polícia. Apenas redimensiona esses resultados, numa dialética que contempla tanto um agravamento como uma desmistificação do volume e do tamanho desse fenômeno.

5. Conclusões

Vários pesquisadores já discorreram sobre as implicações da utilização de dados coletados pelos profissionais das agências de controle da violência, como a Polícia e o Judiciário.

Paixão (1983) discute os problemas metodológicos na utilização desses materiais que, longe de significarem a criminalidade real, retratam apenas uma amostra dos padrões reais de crime, que podem ser distorcidos por uma super-representação das camadas subalternas. O processo de vigilância e de apreensão de suspeitos é ele mesmo enviesado por diversos fatores, dentre eles as representações sociais de bandido e de crime, os mecanismos de corrupção, as mudanças nas orientações políticas que ocorrem nas trocas de governo e as disputas de poder. Também no Judiciário a situação não é diferente, já que os procedimentos e prin-

cipalmente o acompanhamento e encaminhamento dos casos acabam por ser não uniformes e dependentes dos Juízes atuantes.

Além disso, para uma análise mais aprofundada, pesquisas como a aqui realizada necessitam de dados complementares que nem sempre são encontrados. Não existe uma cultura de sistematização das informações, seja no Judiciário, nas polícias ou no Executivo. Por esses motivos, as limitações do trabalho impõem restrições na análise e nas conclusões. É também necessário ressaltar que, no trabalho com dados relacionados ao sistema de justiça, há que se considerar a existência das orientações legais na base dos registros. As leis não são permanentes. Elas possuem uma característica bastante mutável e dinâmica. Em estudos como o nosso, onde a transição legal é exatamente concebida como um momento privilegiado para análise do problema, a metodologia de coleta de dados deve procurar tornar, ao máximo, compatíveis as informações antigas com as mais recentes, a fim de possibilitar comparações.

Apesar dessas considerações quanto à limitação do tipo de registro que serviu de base para essa pesquisa, deve-se levar em conta que mesmo os que criticam o alcance desses dados entendem serem eles as únicas fontes possíveis para o conhecimento quantitativo/estatístico desse fenômeno tão complexo. Alertam que as pesquisas desenvolvidas na área devem manter alguns pontos sempre constantes: reconhecer que o recorte original dos dados é diferente daquele manifesto nos objetivos das pesquisas; considerar as formações ideológicas que permeiam a prática dos profissionais da área; admitir que limitações estarão presentes devido às contingências de produção desses dados.

O fato de existirem entraves não pode ser uma justificativa para a não realização de pesquisas dessa natureza. Ao contrário, eles devem servir de desafio para a elaboração e avanços teórico-metodológicos. Os dados das instituições de controle social da violência ainda têm muito que nos dizer.

No nosso caso, os dados quantitativos apontam para uma dupla constatação: por um lado, as infrações praticadas pelos adolescentes, na sua grande maioria, são desprovidas de violência; por outro, assiste-se uma modificação quantitativa e qualitativa no padrão infracional dos adolescentes ribeirão-pretanos, que, embora restrita e lenta, acompanha o movimento que vem sendo constatado em grandes centros urbanos, o que com certeza merece atenção em pesquisas futuras, especialmente de caráter qualitativo.

Os resultados apresentados nos re-situam frente às discussões acerca do envolvimento de adolescentes com atos infracionais, deslocando-nos do foco na gravidade ou aumento da participação para o reconhecimento de um quadro cuja principal característica é a persistência do fenômeno ao longo dos anos. Os processos dos adolescentes funcionam assim como uma espécie de termômetro que aponta para ineficácia das instituições e políticas públicas destinadas à infância e adolescência no município, ao longo de vários anos. Ineficácia que persiste, apesar das modificações legais e, supostamente, nos programas de atendimento ao adolescente autor de ato infracional.

Essa realidade, além de provocar preocupações acerca do futuro desse quadro, situa-nos duramente frente àqueles que mais sofrem o aumento da violência: os próprios adolescentes. Quando da análise dos processos amostrais, deparamo-nos com a morte de 29 adolescentes, antes mesmo que a medida socioeducativa lhes fosse aplicada. Todos eles vítimas de homicídio ou da Aids. Embora em quantidade estatisticamente pequena (1%), essas mortes, por extremarem as conseqüências da violência, denunciam e colocam em cheque as práticas e o atendimento dispensado aos adolescentes. De que forma o Estado está se fazendo presente para essa população? Como as políticas públicas contemplam essa problemática? Que investimentos foram ou deixaram de ser realizados na área? Como melhorar a efetividade dos programas existentes e a atuação do sistema de justiça?

Compreender as motivações que arrastam os jovens para a criminalidade violenta nos parece ser um dos desafios mais urgentes para a superação da situação na qual se encontram. E essa compreensão requer uma avaliação aprofundada da presença do Estado no cotidiano desses jovens. Uma avaliação que proponha mudanças não apenas no âmbito das leis, uma vez que por si sós elas pouco avançam, mas que as efetive nas políticas públicas. Uma avaliação que reduza o hiato existente entre os direitos dos adolescentes e a realização desses direitos. E não são apenas direitos de defesa processual. São especialmente os direitos básicos. Direito à saúde, direito ao lazer, direito de ser jovem, direito de dar um sentido à sua própria vida.

Zaluar (1994), referindo-se a uma de suas pesquisas, afirma: "Os bandidos jovens e pobres do bairro estudado são adeptos de uma ideologia moderna e individualista que não se baseia, porém, nos direitos positivos da participação democrática, mas nos negativos: a ilusão quanto à independência absoluta do sujeito e sua liberdade de agir sem restrições está atrelada a uma concepção extremamente autoritária do poder" (p. 118).

Wieviorka (1997), analisando a relação entre a violência e o individualismo no mundo contemporâneo, afirma que a violência "... é, ou busca, produção do sentido, esforço para produzir por meios próprios aquilo que antes lhe era dado pela cultura ou pelas instituições, projeção de si mesmo até a morte eventual; ou então apelo à subjetividade impossível ou infeliz, expressão de recusa pela pessoa em dar prosseguimento a uma existência em que ela se sente negada". É como se o indivíduo manifestasse "... a impossibilidade criada pelo sistema ou pela situação de ser um ator de sua própria existência" (p. 23).

O entendimento da violência como busca ou produção de sentido remete-nos às diversas possibilidades de negociação e construção grupais e sociais desse sentido. Dessa forma, nossos dados ainda apontam para um outro fator que deve estar presente na elaboração das políticas públicas. Os adolescentes autores de atos infracionais não constituem uma categoria homogênea. Os programas destinados a esses adolescentes, que dão o suporte para a aplicação das medidas socioeducativas, deveriam assim contemplar a heterogeneidade e a diversidade dessa população.

Essa perspectiva possibilita uma intervenção voltada mais para as peculiaridades de desenvolvimento de cada adolescente, como apregoa o Estatuto da Criança e do Adolescente. Além disso, dá uma outra significação ao discurso em relação às possibilidades de intervenção e à efetividade dos programas socioeducativos, uma vez que proporciona uma visão mais concreta e otimista em relação a esses adolescentes. Com certeza, existem casos bastante sérios, em que as mudanças e a integração social são difíceis. Contudo, são possíveis programas específicos. O catastrofismo relacionado aos primeiros casos não pode servir de motivo para a não realização de ações voltadas aos demais adolescentes.

Ainda, numa concepção de sociedade onde o individualismo é exacerbado, o entendimento da violência como busca de sentido não requer uma mudança de atitude somente do Estado e de suas instituições, mas de toda a sociedade e de cada cidadão.

Reconhecer a condição peculiar de desenvolvimento dos adolescentes requer uma inversão no discurso da cobrança da responsabilização social do adolescente, que é efetivado por diversos setores sociais e se manifesta nas propostas de redução da idade penal. A pergunta que se deve fazer é qual é a nossa responsabilidade pelo que está sendo feito com os adolescentes? Que possibilidades de significação social estamos oferecendo aos nossos jovens? O que temos feito para contribuir para a diminuição do abismo que separa os direitos legais e a realidade da maioria dos adolescentes brasileiros?

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. "A violência na sociedade brasileira: um painel inconcluso em uma democracia não consolidada". *Sociedade e Estado* 10(2)/299-343, 1995.

———. "Apresentação". *Revista USP – Dossiê Judiciário* 21/6-12, 1994.

BERTRAM, Eva; BLCHMAN, Morris; SHARPE, Kenneth; e ANDREAS, Peter. *Drug war politic: the price of denial.* University of California Press, 1996.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente.* Lei Federal 8.069/90.

CARVALHO, Glauber Silva de. "Um breve panorama da teoria sobre a violência criminal urbana no Brasil". *RBCCrim* 27/309-236, 1999.

CASTRO, Lúcia Rabello de. "Infância e adolescência hoje". In: CASTRO, Lúcia Rabello de (Org.). *Infância e adolescência na cultura de consumo.* Rio de Janeiro : NAU, 1998.

CRAIDY, Carmem Maria (Coord.). "Projeto integrado de pesquisa sobre os adolescentes privados de liberdade na Fundação Educacional do Bem-Estar do Menor em cumprimento a decisão judicial pela prática de ato infracional". UFRGS, 1997 (mimeo).

FIGUEIREDO, Luís Cláudio. "Adolescência e violência: considerações sobre o caso brasileiro". In: LEVISKY, David Léo (Org.). *Adolescência pelos caminhos da violência.* São Paulo : Casa do Psicólogo, 1998.

FUNDAÇÃO SEADE. *Dados demográficos.* <http://www.seade.gov.br>, 1998.

GARZA, Fidel; VEJA, Beatriz; ZÚÑIGA, Victor; VILLARREAL, Rosa Maria. *La cultura del menor infractor.* México : Trillas, 1987.

GOTLIEB, Sabina Lea Davidson. "Mortalidade diferencial por causas – São Paulo, Brasil 1970: Tábuas de vida de múltiplo decremento". *Revista de Saúde Pública* 15(4)/401-417, São Paulo, 1981.

LECZNEISKI, Lisiane. "Corpo, virilidade e gosto pelo desafio: marcas de masculinidade entre os guris de rua". In: FONSECA, Cláudia; BRITTO, M. Noemi (Orgs.). *Horizontes antropológicos. Gênero* 1/95-112, 1995.

LEEDS, Elizabeth. "Cocaine and parallel policies in the Brazilian urban periphery constraints on local-level democratization". *Latin American Research Review* 31/ 3(47-83), 1993.

MELLO JORGE, Maria Helena Prado de. "Mortalidade por causas violentas no município de São Paulo, Brasil. IV: a situação em 1980". *Revista de Saúde Pública* 16(1)/19-41, 1982.

MENDEZ, Emílio Garcia; e COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos.* São Paulo : Malheiros, 1994.

MICHAUD, Yves. *A violência.* Paris São Paulo : Ática, 1989.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. (Org.). "A violência sob a perspectiva da saúde pública". *Cadernos de Saúde Pública* 10(1)/07-18, 1994.

NEV/USP e FUNDAÇÃO SEADE. "O jovem e a criminalidade urbana em São Paulo,1989-1992". *Relatório de pesquisa,* 1995.

PAIXÃO, Antônio Luiz. "Crimes e criminosos em Belo Horizonte, 1932-1978". In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org.). *Crime, violência e poder.* São Paulo : Brasiliense, 1983.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. "Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias". *Tempo Social* 9 (1)/43-52, 1997.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. "A violência como dispositivo de excesso de poder". *Sociedade e Estado* 10(2)/282-298, 1995.

SCHNEIDER, Leda. *Marginalidade e delinqüência juvenil.* São Paulo : Cortez, 1982.

UCHÔA, Marco Antônio. *Crack: o caminho das pedras.* São Paulo : Ática, 1996.

VIOLANTE, Maria Lúcia Vieira. "A perversidade da exclusão social". In: LEVISKY, David Léo (Org.). *Adolescência e violência. Conseqüências da realidade brasileira.* São Paulo : Artes Médicas, 1997.

VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional.* São Paulo : Cortez, 1997.

WIEVIORKA, Michel. "O novo paradigma da violência". *Tempo social* 9(1)/5-42, 1997.

WILLIAMS, Terry. *The cocaine kids: the inside story of a teenage drug ring.* EUA : Addison-Wesley, 1989.

YUNES, João; RAJIS, Danuta. "Tendencia de la mortalidad por causas violentas en la población general y entre los adolescentes y jóvenes de la region de las Américas". *Cadernos de Saúde Pública* 10/88-125, supl. 1, 1994.

ZALUAR, Alba. "A criminalização das drogas e o reencantamento do mal". In: ZALUAR, Alba. (Org.). *Drogas e cidadania: repressão ou redução de riscos.* São Paulo : Brasiliense, 1994.

———. Crime e castigos vistos por uma antropóloga. In: BINGEMER, Maria Clara Lucchetti; BARTHOLO, Roberto S. (Orgs.). *Violência, crime e castigo.* São Paulo : Loyola, 1996.

———. Crime, medo e polícia. *Sociedade e Estado* 10(2)/391-416, 1995.

4.2

MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Resumo: O presente trabalho objetiva fornecer subsídios para a compreensão e discussão das medidas sócio-educativas e outros problemas críticos da legislação especial partir do enfoque do poder disciplinar, que se renova e aparece como fator limitante das potencialidades transformadoras do ECA.

Palavras-chave: ECA – Medidas sócio-educativas – Menoridade penal.

Um balanço das medidas sócio-educativas depois de mais de dez anos de vigência do ECA é tarefa que nos leva ao desencantamento e à desesperança, pois não é necessária a aplicação de qualquer saber específico para constatarmos que as coisas vão de mal a pior.

Basicamente sabemos que as medidas sócio-educativas são mal aplicadas e mal executadas, do que resulta o sentimento de inoperância do Estatuto, a partir do que afloram tendências revisionistas ou reformadoras num ou noutro sentido.

A promulgação do ECA veio acompanhada de um discurso modernizador e libertador que se estabeleceu em contraposição ao autoritário Código de Menores.

Esse discurso modernizador e libertador colocou-se assim entre o passado e o futuro, o dado e o por fazer. Por conseqüência, a experiência do ECA foi e vem sendo marcada pelas incertezas inerentes a esse contexto de construção, no qual pensamos saber o que não repetir a partir da experiência adquirida e aquilo que desejamos em termos ideais.

Não existem vida e sociedade sem experiência e utopia, mas é razoável supor que experiência não se confunde com certeza, e nem utopia com ilusão. O desencantamento e a desesperança são próprios daqueles que trocam experiência e utopia por certeza e ilusão, seja qual for o sentido em que isso possa ser compreendido: românticos e revolucionários a empunhar a bandeira estatutária de um lado, e de outro árcades e conservadores entrincheirados a aguardar o momento da restauração.

Enquanto a batalha final é aguardada, o barco afunda e as águas revoltas tragam todos, quase sem exceção, salvo os meninos e meninas aos quais em algum lugar e pouco antes de sua morte Darcy Ribeiro deu toda razão: eu também preferiria viver nas ruas, ou coisa semelhante disse ele.

Estar em situação de exclusão pode ser uma estratégia de sobrevivência, mas o que pretendemos destacar aqui é que as ruas têm um sentido de negação das estruturas em que se funda nossa sociedade. Quando não mais houver família, sociedade e estado, quando tudo tiver submergido nas águas revoltas de nossas certezas e ilusões, ainda então haverá um menino de rua; e então estaremos nós a reinventar um estatuto e um código penal qualquer, a reinventar a Família, a Sociedade e o Estado.

A principal e maior certeza a respeito do ECA é o seu caráter modernizador e libertador, ao que dedicamos agora a nossa atenção, especialmente em relação às medidas sócio-educativas, que não podem ser vistas em destacado do ato infracional.

O binômio ato infracional/medida sócio-educativa aparece no ECA como conquista liberal, em oposição à idéia de ato anti-social, compreensiva de desvio de conduta e conduta criminal tal qual escrito no Código de Menores. Assim todos proclamamos essa primeira certeza.

Entretanto e ao contrário, a experiência demonstra que as coisas não são bem assim. Até que ponto denominar ato infracional o que é crime tem algum caráter inovador é pergunta que devemos responder, bem como até que ponto essa construção lógico-jurídica repele a noção de ato anti-social.

As coisas são como são, ou como elas parecem ser? O Prof. Geraldo Ataliba costumava dizer que as coisas são como são, pouco importam os nomes dados a elas. A antiga TRU, Taxa Rodoviária Única, era um imposto mesmo, e não uma taxa como a lei denominava, pois a sua estrutura indicava isso. Não é difícil perceber que crime é crime, e que o crime denominado ato infracional não pode ser outra coisa senão crime mesmo.

O crime de um adolescente é um fato criminoso, portanto, ainda que sua compreensão possa se dar de maneira um pouco diferenciada a partir da noção de que seu autor é uma pessoa em desenvolvimento.

O fato criminoso praticado pelo adolescente se qualifica como ato infracional, e como tal haveria de apresentar um significante diferenciado por causa da condição de seu autor e em relação ao adulto.

A sociedade porém não percebe assim. Um importante destinatário da mensagem modernizadora e libertadora do ECA compreende o garoto maltrapilho e zureta como criminoso. Claro que a mídia constrói essa imagem. Óbvio que a polícia, o legislativo etc. criam tal realidade. Mas justamente porque se trata de uma realidade é que ato infracional é crime, e criminoso é o seu autor, conforme pensa a sociedade.

Nós, os operadores do direito, temos entretanto o saber acumulado que nos permite a certeza de que o problema não pode se resolver assim de maneira tão simplista, e portanto reafirmamos o caráter modernizador e libertador do ECA.

O argumento central são as medidas sócio-educativas, que, dados os seus princípios inspiradores, revelam um caráter não-penal, ou, noutras palavras, de índole promocional e educativa. Um tolo pode crer nisso, e para tanto haverá de

fazer de conta: não existem Febens, não há mortandade na execução de liberdade assistida e assim por diante.

Mas o operador do direito haverá de se questionar mais a fundo. Internação é privação de liberdade, liberdade assistida não é diferente de regime aberto ou de um livramento condicional, prestação de serviços à comunidade é isso mesmo, e assim por diante: todas as medidas sócio-educativas são penas.

Afirmar que a aplicação das medidas sócio-educativas tem caráter promocional em razão de seus objetivos pedagógicos e por força da doutrina da proteção integral pode parecer um argumento válido. Mas por acaso alguém, em sã consciência, ou algum país civilizado (o que obviamente exclui as nações que adotam pena de morte e etc.), alguma vez negou que um mínimo de caráter ressocializador deve existir na pena aplicada ao adulto, que, bom ou mau filho, à casa torna, isto é, retorna à sociedade?

O que nos parece primeiro importante destacar é que a certeza de uma legislação modernizadora e libertadora é falsa. Ontologicamente, nenhuma diferença há entre crime e ato infracional, como nenhuma diferença há entre pena e medida sócio-educativa.

Criou-se toda uma tecnologia legal, e engendrou-se todo um discurso teórico a respeito do ato infracional a fim de justificar-se a lei e seus mecanismos, mas de fato as coisas são elas próprias, e não o que nossa certeza afirma.

Isso não se limita ao binômio ato infracional/medida sócio-educativa em referência ao direito penal. É válido também para o exame da substituição do Código de Menores pelo ECA. Nesse particular, o que mais impressiona é a persistência da categoria "desvio de conduta", ou mais amplamente "ato anti-social".

O discurso corrente afirma que tais categorias desapareceram com a vigência do ECA, o que se confirma em primeira leitura do texto legal, pois nenhuma referência é feita ao ato anti-social, ao desvio de conduta. Mas na verdade isso não ocorreu, e sutilmente essas categorias estão a operar no interior do sistema como fatores condicionantes da interpretação e aplicação do direito.

Para a demonstração de tal afirmação, recorremos ao mecanismo legal da remissão e ao instrumento do parecer da equipe interprofissional previstos na lei.

A remissão, especialmente aquela ofertada pelo Ministério Público, se fundamenta no discurso legislativo e doutrinário a partir da idéia de que o procedimento judicial é em si negativo e deve ser evitado. Qualquer semelhança com as *Misérias do processo penal* de Carnelutti não é gratuita.

Por força dela, a remissão, uma medida sócio-educativa pode ser aplicada, salvo a privação de liberdade. A Súm. 108 do STJ, que confere ao Juiz o poder exclusivo de aplicação da medida, é irrelevante. O fato é que a remissão permite a imposição de uma medida sócio-educativa sem decisão judicial sobre a procedência da imputação de ato infracional.

O efeito mais imediato desse mecanismo previsto na lei não é o obstáculo às agruras do processo. Ao contrário, o que a remissão permite é evitar o princípio do devido processo legal e todas as suas conseqüências.

Se o comportamento imputado ao adolescente é realmente típico, se há realmente provas de que ele ocorreu ou se essas provas são lícitas, se presente ou não uma causa excludente da antijuridicidade como a legítima defesa, se há desvalor na conduta e tantas outras coisas como a defesa técnica e a ampla defesa, tudo isso se torna indiferente à possibilidade da remissão.

O que resta nesse contexto só pode ser o desvio de conduta, o ato anti-social, ou, segundo a terminologia do direito penal, a punição conforme critérios de culpabilidade do autor, sua personalidade, seus hábitos, sua posição social, sua família etc.

Ou alguém tem dúvida de que um adolescente usuário de entorpecentes, sem trabalho, morador de favela e inserido numa família desestruturada não receberá a remissão com liberdade assistida se cometer um ato infracional impossível à semelhança do crime impossível?

Parece sofisticado, mas na verdade não é. A remissão propicia a punição a despeito do princípio do devido processo legal, e sem negar a sua validade como valor democrático. Pela via da remissão os velhos conceitos repudiados pelas nossas certezas retornam à cena.

Se a remissão é algo com sabor de novo para alimentar velhas necessidades, o parecer da equipe interprofissional exigido pela lei é um velho tempero de todos nós conhecido.

Diz a lei que a equipe interprofissional goza de autonomia, emprestando-lhe um caráter de soberania técnica que concorre para a construção da decisão judicial. O óbvio a rigor não deveria ser dito, salvo se entendermos a autonomia como reação corporativa ao corporativismo preponderante do estamento forense.

Seja como for, e aqui qualquer semelhança com os nossos velhos e conhecidos laudos psiquiátricos não é gratuita, o que constatamos no cotidiano é a introdução de um mecanismo pomposo pelo qual o poder e o saber de outros ramos do conhecimento exercem ingerência no processo, de modo a modelar e justificar a punição demandada pela sociedade e desejada pelo direito.

Assistentes sociais e psicólogos invadem a privacidade do adolescente, rompem o véu da família nuclear, expõem as feridas da comunidade e descrevem o velho e conhecido elemento desestruturado e perigoso a exigir punição. Se vier a confissão, seja até por meio da mãe ou da avó do adolescente infrator, já não fará qualquer sentido jurídico a defesa técnica e a audiência de apresentação. O caráter confessional desses laudos, que também é muito apreciado nos exames periciais de execuções criminais, é evidente.

Se além da confissão se obtiver o arrependimento, ótimo, e já então talvez nem faça muito sentido outra solução que não a remissão. Do contrário, se à confissão seguir-se a demonstração de frieza ou indiferença perante ato infracional – como esses termos são apreciados! –, o garoto-problema, a família-problema e o ambiente-problema haverão de ser tratados; verdadeiramente punidos com a aplicação de uma medida sócio-educativa.

A função dos laudos interprofissionais é a satisfação da curiosidade estatal, que o devido processo legal impede, e a preservação da autoridade judiciária dos riscos inerentes a tal pesquisa.

Que pode haver de modernizador nisso tudo é a pergunta a ser respondida. O discurso da proteção integral é prisioneiro de velhas necessidades do sistema. O que parece moderno, e que além de parecer foi construído para sê-lo, não é.

Se é possível reconhecer o ato infracional e aplicar a medida sócio-educativa de acordo com os parâmetros garantistas que inspiram nosso ordenamento jurídico, ótimo; se isso não for possível, ou mesmo para que isso seja possível, é fácil diluir o devido processo legal e o garantismo no interior do próprio sistema, de modo a legitimar a aplicação da medida a qualquer preço: a remissão e os laudos interprofissionais se prestam a isso, embora não exclusivamente eles e a isso.

Não é difícil perceber que essa análise leva à negação de qualquer sentido modernizador no trato do ato infracional pelo ECA. A conhecida sociedade disciplinar de Foucault está por trás do ECA, como estava bem na frente do Código de Menores.

O termo legal *medida sócio-educativa* é em si disciplinar, ainda que não pareça pena. Mas pena e medida sócio-educativa têm o mesmo conteúdo repressivo e o mesma finalidade disciplinar.

Em época recente o controle da sexualidade infantil e adolescente permitiu a construção do modelo disciplinar – inclua-se nisso a Aids nos dias de hoje. A complexidade da sociedade moderna exige o controle de desejos de consumo e posse e de manifestações contestatórias como a droga, e mesmo de manifestações negatórias da sociedade e suas estruturas, como a indiferença perante o ato infracional, a tendência mórbida ou inconsciente de morte na aventura da drogadição e do crime, a pichação e, finalmente, a liberdade de morar nas ruas a que se referiu Darcy Ribeiro.

Gostaríamos nesse ponto de recorrer a um termo da literatura de Foucault que nos parece apropriado. Foucault se utiliza das políticas relacionadas à lepra e à peste para identificar duas formas de controle político que se sucederam, substituindo-se o modelo excludente do isolamento de leprosos pelo modelo inclusivo de controle da peste e consistente em medidas de saúde pública.

Segundo ele, essa substituição do modelo de exclusão pelo modelo de inclusão tem papel histórico relevantíssimo e consiste na "invenção das *tecnologias positivas de poder*". A tecnologia positiva de poder não é excludente, marginalizante; ao contrário, é inclusiva, observa, fabrica e se reproduz a partir de seus próprios efeitos (2001:59-60).

Estamos aí com as medidas sócio-educativas e todo o discurso da proteção integral a defender a excepcionalidade e brevidade da privação da liberdade, bem como o caráter pedagógico das medidas.

Não sabemos se seria rigorosamente justo e correto dizer que a substituição do Código de Menores pelo ECA é um marco divisor entre as tecnologias negati-

vas e positivas de poder, mas nos parece absolutamente correto que é nesse contexto que deve ser situado o debate sobre o Estatuto.

No momento em quer se discutem a elegibilidade e execução das medidas sócio-educativas, o pano de fundo é a tensão entre tecnologias negativas e positivas previstas no ECA, opondo-se, por exemplo, a internação à advertência.

Uma noção bastante corrente concebe o Estatuto como instrumento que restringiu os poderes ditatoriais do Juiz de Menores. A leitura do Código de Menores como instrumento legislativo autoritário fatalmente induz à caracterização do Juiz que o operava como autoritário, o que de fato era.

Admitido que o ECA restringe os poderes ditatoriais do Juiz de menores, três perguntas devem ser formuladas: a quem os poderes do Juiz foram entregues? Esses poderes estão sendo exercidos de modo não autoritário? E o Juiz de Infância, tornou-se menos autoritário?

A repartição de poderes deve ser compreendida a partir das regras legais relativas às competências dos operadores do ECA. *Grosso modo*, podemos afirmar que no sistema vigente encontram-se bem delimitadas as funções de polícia, de Ministério Público, de Juiz e de execução da pena em conformidade com as noções clássicas e formais do processo.

Além da novidade da remissão e da persistência do exame pericial já analisadas, o elemento novo trazido pelo ECA foi a declaração explícita das responsabilidades do Estado e da sociedade, que tem grande importância na execução das medidas sócio-educativas.

A responsabilidade estatal, de acordo com um princípio de descentralização, abrange todas as esferas de governo e deságua nos municípios. Repetir o óbvio é necessário: isso não vem funcionando e causa danos sensíveis na execução das medidas sócio-educativas.

O fundamental, porém, não é a constatação, mas a interpretação dos motivos pelos quais a responsabilidade estatal é nenhuma. Não fazer, omitir-se, é uma atitude política. Os juristas, tão afeitos à noção do crime comissivo por omissão, não têm dificuldades em compreender que essa atitude política do Poder Público é uma forma de exercício de poder.

Trata-se do poder em símbolo, legalmente competente para fazer e cuja deliberação pode ser executada a qualquer tempo, mas que se resguarda na força potencial dessa mesma competência e parece nada fazer.

Não é um poder que tudo pode e tudo controla, e conseqüentemente se mostra repressivo. É um poder que diz cuidar de todo mundo e não cuida de ninguém. É o poder da sociedade de risco, na qual cada pessoa está lançada à própria sorte e, se perdedora, há de prestar contas ao sistema disciplinar.

Na execução das medidas sócio-educativas, não fazer nada é deixar o infrator ajustar-se com o sistema disciplinar tal qual a lógica que o levou a tanto: por sua conta e risco. É o poder de reproduzir o saber e o poder ininterruptamente. E de multiplicar infratores.

Vejamos agora a sociedade. A tradição liberal concebe a sociedade em oposição ao Estado. A imagem do pacto social pode ser correta ao observador de outras realidades nas quais a idéia de representação e reserva de poderes, e conseqüentemente de responsabilidade individual e coletiva, existe.

Haverá isso no Brasil? A doutrina que fundamenta nossa teoria jurídica e política é sustentável? Onde estão a consciência da representação, a certeza da titularidade de direitos e da individualidade? Tais dúvidas certamente nos impedem de entender exatamente o que é a sociedade cuja responsabilidade clama o ECA. Serão responsáveis os membros individuais da sociedade, serão responsáveis as microcoletividades como as ONGs? Se são, o que fazem no trato do ato infracional e das medidas sócio-educativas?

Sabemos de alguns raros casos, mas pessoalmente nunca vimos uma igreja, um clube de serviços, uma empresa, uma ONG e o que mais for apresentar-se para assumir a execução de medidas sócio-educativas.

Que sociedade é essa, o que ela faz? Não fazer nada de novo é uma atitude política. E aqui a omissão é uma forma de exercício de poder consistente em pedir e legitimar a disciplina com a qual cada perdedor haverá de se entender por sua conta e risco.

Essa sociedade, esse estado, aquele instituto da remissão, aquele parecer interprofissional, são eles todos os que receberam por transferência da lei os poderes autoritários do Juiz de Menores.

O crime qualificado pela insídia é agravado. Não conhecemos formas mais autoritárias de poder do que aquelas que não se mostram como tal. Essa pode ser uma conclusão lamentável e não desejada, mas o fato é que a transferência de competências operada pelo ECA só resultou na mudança dos sujeitos e não reflete uma mudança da estrutura, que é disciplinar.

Nesse contexto, poderíamos esperar o que do Juiz da Infância e Juventude? Por certo não se tornou ele menos autoritário. Menos ditatorial, sim, pois dividiu seus poderes. Mas nem por isso mais democrático!

Se o sistema é disciplinar, se os mecanismos ditos alternativos, como a remissão, servem de burla ao devido processo legal, e se a execução de uma decisão judicial corresponde a um ato de sorte do infrator, que esperar do Juiz se não o exercício do poder disciplinar em seu grau mais exacerbado, que é a internação?

Mais uma vez retornamos ao mesmo ponto: é a disciplina que precisa ser problematizada e superada. Muito pouco resolve a discussão da elegibilidade das medidas sócio-educativas. Claro que delas não se pode descuidar, mas é preciso compreender que a rigor o problema da elegibilidade só existe em razão da previsão normativa de dois modelos antagônicos de tecnologia de poder, o negativo e o positivo, faces da mesma moeda.

Na perspectiva do sistema disciplinar tal qual por nós visto aqui, é mais importante discutir a execução das medidas sócio-educativas do que elas próprias. Assim, faz todo sentido a proposição do Conanda nas Diretrizes Nacionais para a

Política de Atenção Integral à Infância e à Adolescência, que em seu item 5.4 critica o desvio do foco da discussão do sistema de atendimento para a aplicação das medidas sócio-educativas.

Saber, porém, as possibilidades de extinção da internação nos moldes das Febens, garantir o devido processo legal e a menoridade penal, e efetivar a municipalização como traçado naquele plano, isso é outro e quase insolúvel problema no sistema disciplinar.

É importante destacar o problema da eficácia das medidas sócio-educativas, particularmente no que diz respeito àquelas cumpridas em meio aberto.

Tais medidas se caracterizam como tecnologias positivas, e portanto inclusivas, na medida em que se opõem à internação. Conforme observado em pesquisa do Núcleo de Pesquisas do IBCCrim (2000:60-61), a opção por tais medidas, quando ocorre, não se dá por adesão ao modelo de intervenção positiva, mas pela suspeita de ineficácia do modelo negativo. De outro lado, opta-se pelo modelo negativo em razão da suspeita de ineficácia do modelo de intervenção positiva.

Por óbvio que a referência disso tudo, e mais que referência, o modelo visto ainda como ideal, é o negativo, de confinamento, excludente.

Isso mostra certo descompasso entre a lei e seus operadores, isso indica a percepção do modelo negativo como mecanismo disciplinar. Mas é preciso analisar a eficácia das medidas de intervenção positiva.

Imaginemos o sucesso das estratégias do Conanda antes referidas e a mudança do perfil do estamento forense para deixá-los para trás e colocarmos o seguinte problema: devidamente executadas as medidas em meio aberto, qual o resultado máximo que delas poderíamos esperar?

A resposta vem fácil na medida em que, mantido o paradigma da sociedade disciplinar, o que poderíamos esperar de medidas sócio-educativas bem executadas seria tão-somente disciplina.

Galbraith escreveu que "o rompimento da lei e da ordem e o sofrimento humano associado devem ser vistos como um evento totalmente previsível nas nações pobres", o que precisa mudar (1996:55). Não é preciso ser gênio para relacionar pobreza como violência. Basta ser sensato e compreender que a pobreza em si já é um sofrimento que atinge o ser humano em todas as suas dimensões. Qual o potencial das medidas sócio-educativas para erradicar a pobreza nesse sentido, e conseqüentemente a escalada de violência e o sofrimento a ela associado?

Salvo se pensarmos em alguma redenção moral do indivíduo como forma de atenuação do sofrimento do pobre, salvo se pensarmos no caráter confessional do ECA a que nos referimos, salvo se pensarmos nos milagres operados nas igrejas de esquina, enfim, salvo se enxergarmos no poder disciplinar inerente às medidas sócio-educativas (em meio aberto ou não) alguma virtude, a resposta à nossa indagação é obviamente negativa.

A virtude da disciplina, podemos ver na "necessária" mas insuficiente terapia da psicologia, da arte, do trabalho e da educação. Necessária em razão da lógica disciplinar, insuficiente por causa dela.

Uma interessante categoria da sociologia é particularmente importante, seja pelo que explica do problema, seja pelo seu alcance, pois vai além da pobreza visível e alcança toda uma gama de infratores que aparentemente não teriam tantas ou grandes razões de ordem econômica para infracionar. Trata-se da noção de marginalidade avançada que, segundo Wacquant (2001:186-187), se opõe à idéia de marginalidade tradicional. Esta é decorrente do atraso, isto é, da pobreza, emendamos, e aquela decorre das transformações desiguais e desarticuladas dos setores sociais mais avançados.

Se olharmos para o menino favelado que infraciona, facilmente identificaremos o marginalizado tradicional; se olharmos para o filho do operariado decadente, veremos a segunda categoria. Daí o interesse em razão da abrangência da idéia.

Superar a pobreza em todas as suas dimensões é retirar o adolescente da exclusão social. As medidas sócio-educativas em meio aberto, porque formas de intervenção positivas, naturalmente tenderiam ao alcance dessa finalidade. Mas não alcançam, todos sabemos.

O rendimento máximo a se esperar de uma medida em meio aberto é a gestão da pobreza tradicional ou da marginalidade avançada, e mais nada. É a essência e a limitação do poder disciplinar. É a ilusão de fazer crer o menino favelado que mais vale a pena ser engraxate do que soldadinho do tráfico de entorpecentes. É a ilusão de que o *Show do Milhão* é real e que ninguém da classe média-baixa precisa seqüestrar seu apresentador e a filha dele para progredir na vida.

Outro problema que pode ser analisado sob a perspectiva dos modelos negativos e positivos de intervenção é o do rebaixamento da idade penal.

A fim de evitar qualquer mal-entendido, consignamos nossa oposição a qualquer tentativa de rebaixamento da menoridade penal, o que é inconstitucional e inútil, e por conseqüência de pouca inteligência.

A proposta de redação do art. 228 da Constituição da República formulada pelo Deputado Alberto Fraga em seu substitutivo à Emenda 151-A retira do texto constitucional a menoridade penal, conferindo à lei poderes de fixação, e indica um sistema pelo qual um laudo técnico aferirá a capacidade de entendimento e determinação do agente.[1]

Diz o Deputado Alberto Fraga a certa altura de seu parecer que "não desejamos com isto penalizar os menores, mas sim atribuir responsabilidades para aqueles que têm condições plenas de discernir o certo do errado, bem como prever e avaliar as conseqüências de suas ações".

Em nossa interpretação, a proposta deixa clara a tentativa do estabelecimento da chamada política de transferência, pela qual o adolescente a que se imputa a

(1) A redação é a seguinte: "Art. 228. A maioridade penal será fixada nos termos da lei, devendo ser observados os aspectos psicossociais do agente, aferidos em laudo técnico emitido por junta de saúde, que dentre outros quesitos avaliará a capacidade de se autodeterminar e de discernimento do fato delituoso".

prática de uma infração penal fica sujeito à jurisdição especial ou comum conforme o grau de seu desenvolvimento.

Com apoio em Zimring (1998:14), pensamos que a política de transferência tem o valor simbólico de resolver o conflito de consciência diante do fenômeno da delinqüência juvenil grave mediante a negação da própria juventude, pois o que se propõe é dizer que o autor de determinada infração grave não é adolescente, muito embora tenha idade de adolescente.

Problema especialmente delicado e grave na política de transferência é a atribuição da verificação da responsabilidade penal do jovem, ao que o Deputado Fraga chama de "junta médica". Trata-se de ressuscitar o velho problema da utilização do saber científico para a justificação e legitimação do direito penal, seja lá o que exatamente signifique uma "junta médica".

Não é difícil perceber que a proposta em questão é um perigo à estabilidade jurídica e um retrocesso histórico. Mas o que parece importante destacar é que a rigor a discussão aberta pela proposição não traz nada de novo, pois se encontra nos estreitos limites das tensões entre os sistemas positivos e negativos de intervenção.

É óbvio que o sistema proposto é indesejado na medida em que tende à potencialização do sistema negativo de intervenção, na medida em que, como vimos sustentando, a rigor nenhuma diferença há entre a internação de um adolescente e a prisão de um adulto.

Uma conseqüência a destacar, e com isso encerramos esse tópico, é que discutir a proposta de Emenda 151-A em termos de conveniência e oportunidade é absolutamente inútil, estéril e perigoso.

O jogo conservador só há de se regozijar com a discussão política, cujas soluções possíveis só podem ser duas: passa a matéria no Legislativo, ou se fazem concessões no regime estatutário, como por exemplo a revisão do limite temporal de execução da medida de internação, estendendo-o.

Ninguém comprometido com o ECA aceita esse horizonte tenebroso de possibilidades que se colocam pelo fato de aceitar-se o jogo da discussão nos limites do sistema disciplinar. Assim, a melhor estratégia a nosso ver é o argumento jurídico pura e simplesmente, como defende o Prof. Dalmo Dallari: qualquer reforma do sistema legal relativo à menoridade penal, e antes mesmo, qualquer discussão legislativa a respeito, é inconstitucional. O compromisso com o ECA está a exigir de todos o esforço do argumento jurídico.

Último problema que diz respeito às medidas sócio-educativas e pode ser compreendido à luz da idéia do poder disciplinar e suas tensões, é o da divisão judiciária.

Normalmente o problema da divisão de competências no âmbito da administração da justiça especializada é visto sob a perspectiva territorial, como, por exemplo, a crítica que se faz em relação ao sistema praticado em São Paulo, onde o poder decisório se concentra em cerca de uma dezena de operadores do direito na região central da cidade.

Esse sistema é claramente inadequado em razão da centralização desmedida, e produz uma inadequada alocação de recursos insuficientes.

Um aspecto interessante a ser discutido é a forma de alocação dos recursos, cujo critério único existente parece ser a instituição de internamento como referência de todo o sistema.

Foi inicialmente a partir da organização espacial das unidades de internação, e mais recentemente em função da organização estrutural desse sistema, que criaram-se Varas especializadas nas infrações penais e, mais recentemente, um juízo exclusivo para a execução das medidas sócio-educativas.

Todo o sistema parece organizar-se em função das Febens, como se necessariamente tudo convergisse à internação, isto é, para a medida extrema de caráter negativo que é a privação da liberdade.

Existe porém uma outra perspectiva de análise que, além do foco territorial, nos parece importante. Ela diz respeito ao problema da especialização pela matéria.

Grandes centros urbanos, e a referência é novamente a cidade de São Paulo, apresentam um sistema cujo grau de especialização é razoavelmente elevado: há uma jurisdição para ato infracional, há outra para a execução das medidas sócio-educativas, e finalmente, o que deveria vir antes, uma jurisdição comum que por exclusão ocupa-se do restante do Estatuto.

Num mundo complexo a especialização parece sofisticada, pois pretende estabelecer ilhas de excelência em saberes cada vez mais específicos. O poder e o saber organizam-se em função de suas competências materiais, o que é mais eficaz para a construção e o exercício deles.

Entretanto, nos parece importante perguntar no que um sistema de alto grau de especificação de saberes e poderes pode contribuir para a efetivação da proteção integral, isto é, no que tudo isso pode ser útil para o adolescente.

Nos parecem contraditórias as idéias de proteção integral e especialização. A proteção integral exige a organização e a operacionalização do sistema em função da efetivação dos direitos fundamentais do adolescente. A especialização, por causa da divisão de saberes e poderes, fraciona o sistema e dificulta a compreensão global da pessoa adolescente-infrator como objetivo da proteção integral e como sujeito de direitos.

É (também) por causa do fracionamento que ainda falamos em categorias absolutamente impróprias como "carente" e "infrator", e é por causa disso que na especificidade de cada competência acabam por prevalecer objetivos diferentes da idéia de proteção integral: quem lembra que os objetivos mais amplos de uma adoção são idênticos aos de uma medida sócio-educativa?

A organização espacial e material pela qual o ECA é aplicado indica mais uma vez que o sistema encontra-se inserido numa constante tensão entre as políticas de intervenção positiva e negativa. Na medida em que o fenômeno infracional serve para especializar a jurisdição, e na medida em que a privação de liberdade

(Febens) funciona como critério de organização, é claro que o ato infracional e a internação são condicionantes preponderantes do processo decisório.

Esse elevado grau de especialização limita o sistema e compartimentaliza o ECA, cujo sentido deveria ser de globalidade e cujos parâmetros deveriam ser ditados pelas políticas de intervenção positivas.

Podemos aqui enxergar um importante desmembramento. A especialização, na medida em que desfavorece a compreensão global, e na medida em que limita os horizontes das decisões ao tomar o internamento como referência, concorre para o agravamento do já conturbado quadro de alocação de recursos e investimentos públicos no setor.

A razão para isso nos parece clara: a alocação dos recursos e realização de investimentos públicos, (também) por causa da necessidade do cumprimento de decisões judiciais pautadas pelos horizontes da internação, orientam-se para a satisfação de pressões elevadíssimas por segurança pública, quando a rigor a idéia de proteção integral dispensa isso e exige o atendimento às demandas por educação, saúde, lazer etc.

Uma jurisdição altamente especializada só cria demandas econômicas qualificáveis como de segurança pública, que nenhuma externalidade positiva tem; ao contrário, quanto menos especializada a jurisdição, mais provável que venha a gerar demandas econômicas de outra natureza, isto é, vinculadas aos objetivos da proteção integral e cujos efeitos são positivos. Ninguém reclama do dinheiro investido numa adoção ou numa escola, mas todo mundo reclama dos investimentos no sistema punitivo.

Sugerimos anteriormente que a perspectiva realmente inovadora do ECA deve ser encontrada além dos limites estreitos do poder disciplinar, assunto ao qual retornamos.

É oportuno relembrar que o poder disciplinar conferido pelo ECA ao dispor sobre as medidas sócio-educativas abrange tanto técnicas de intervenção negativa, como a internação, como técnicas positivas, como as medidas não privativas de liberdade.

O aparecimento das técnicas positivas não eliminou por óbvio a utilização de técnicas negativas de intervenção, o que gera as tensões a que vimos nos referindo. Deve ser notado que a coexistência de ambas as modalidades de técnicas ou intervenção permite uma modalidade de gestão que Foucault denomina de *contínua*, pois é possível o emprego seletivo das várias técnicas sem solução de continuidade.

É claro que o exercício ou gestão do poder disciplinar poderá potencializar e privilegiar uma ou outra modalidade de intervenção, o que podemos identificar no recurso maior ou menor à internação e às medidas em meio aberto.

No que diz respeito ao emprego das medidas em meio aberto, podemos também identificar uma tendência de potencialização da técnica de intervenção positiva na medida em que se verifique o maior emprego das medidas que qualitativamente mais se afastam do modelo excludente da internação.

Por exemplo, a maior utilização de prestação de serviços à comunidade em detrimento da liberdade assistida tende à maximização do modelo de intervenção positivo, pois claramente a disciplina sem sentido negativo tem menor peso na primeira medida que na segunda.

À medida que a gestão do sistema tende à maximização do modelo de intervenção positiva, menor é o grau de exercício do poder disciplinar do modelo negativo. Da mesma forma, o maior recurso às medidas qualitativamente desse tipo tende ao esvaziamento do modelo de organização de alto grau de especialização da jurisdição.

Fundamental, quanto mais o sistema tende para as técnicas de intervenção positiva de menor grau disciplinar, maiores são as possibilidades de alcance dos objetivos da proteção integral, dado que diminui-se o grau de exclusão e conseqüentemente facilita-se a promoção dos direitos fundamentais.

Mas, como repetidamente temos indicado, o sistema apresenta uma limitação clara a esse movimento de aproximação da idéia de proteção integral, pois a idéia de medida sócio-educativa, vista como necessária, implica sempre em disciplina.

A pergunta que se coloca então é a seguinte: essa limitação é insuperável? Na resposta a essa indagação encontramos o potencial verdadeiramente modernizador e libertador do ECA.

A rigor, e isso está expresso na lei, a aplicação de medida sócio-educativa não é impositiva, ao contrário da sanção denominada penal. Com efeito, o art. 112 do ECA diz que *poderão* ser aplicadas medidas em razão da prática de ato infracional, e não *deverão* ser aplicadas.

Essa disposição legal descaracteriza o binômio ato infracional/medida sócio-educativa, ou seja, permite ao Juiz o rompimento do caráter disciplinar de todo o sistema tal como praticado.

Essa renúncia, numa sociedade disciplinar, soa estranho e certamente gera sentimento de desproteção. De outro lado, ela permite alcançar em grau máximo as potencialidades de um sistema promocional e, conseqüentemente, o atingimento da proteção integral.

O sentimento de desproteção não é óbice à aplicação da idéia de renúncia às medidas sócio-educativas. Lamentavelmente a própria lei dá fundamento a essa idéia, na medida em que no art. 112 se refere à gravidade da infração como um dos fatores condicionantes da escolha das providências decorrentes do reconhecimento da prática de ato infracional.

O sentimento de medo é antes de tudo fruto do hiperdimensionamento da delinqüência juvenil, e especificamente da periculosidade que se atribui a ela. Como observado no Programa de Reinserção Social do Adolescente em conflito com a Lei do Ministério da Justiça,[2] menos de 20% dos atos infracionais registrados são contra a pessoa humana, assim entendidos não só o homicídio, mas também

(2) <http://www.mj.gov.br/sedh/dca/reinsoc.htm>.

o latrocínio e o estupro. De outro lado, para cada adolescente acusado da prática de um homicídio, outros quatro são vítimas desse tipo de crime.

Diante desse quadro, o hiperdimensionamento da delinqüência juvenil é um equívoco perverso que inverte a realidade, pois é claro que a maior demanda do sistema é por proteção, e não por punição.

De qualquer forma, pode ser argüido, resta um número considerável de infrações praticadas por adolescentes que são graves e não podem simplesmente ser esquecidas ou escamoteadas. Porém, os índices de incidência e reincidência precisam ser rigorosamente verificados e interpretados à luz da idéia de que a adolescência é propícia a manifestações infracionais, não havendo que se temer o *cohort*[3] *phenomenon*, ou seja, a natural tendência de achar e recear que os infratores de hoje serão os criminosos de amanhã.

Também é necessário aferir até que ponto a sociedade pode absorver o impacto da infração penal sem recorrer ao sistema disciplinar. Se os riscos inerentes à prática de um ato negocial por um adolescente de 16 anos, ou a entrega de um carro para ele dirigir, são perfeitamente absorvidos sem o recurso ao sistema penal, não há sérias razões para outros riscos demandarem a proteção do sistema disciplinar e punitivo.

Assim, a não aplicação de medida sócio-educativa apesar do reconhecimento da prática do ato infracional é o marco divisor entre a disciplina e a promoção de direitos, de modo que nela podemos situar a possibilidade legal e necessária de ruptura dos parâmetros tradicionais de enfrentamento do problema do conflito com a lei.

Isso sim nos parece uma perspectiva modernizadora, e diante dela é possível superar a discussão sobre elegibilidade e execução das medidas sócio-educativas. Se possível é sugerir algo, futuros estudos devem considerar esse fator estatístico como indicativo fundamental.

Afirmamos linhas atrás que lamentavelmente o ECA, a despeito de permitir a dissociação do binômio ato infracional/medida sócio-educativa, contém no art. 112 um elemento limitador dessa possibilidade e que é a consideração da gravidade do ato infracional praticado.

Uma primeira observação é tão necessária quanto óbvia: não se trata da gravidade abstrata do ato infracional, que nivela todos os comportamentos, suas motivações e suas conseqüências a partir do preceito primário da norma penal. Trata-se, no mínimo, da gravidade concreta, aferida caso a caso.

A fim de atenuar o peso dessa limitação, sugerimos a construção de parâmetros de verificação da gravidade do ato infracional a partir da idéia da condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Normalmente pensamos a idéia de condição peculiar em relação à medida sócio-educativa, como que uma cláusula de ajuste ou individualização da sanção.

(3) *Cohort*: subgrupo estatístico que apresenta um fator em comum como a idade.

Mas é perfeitamente possível pensar o ato infracional em si a partir dessa mesma idéia.

A condição peculiar do adolescente o diferencia do adulto, cujo padrão de normalidade é tomado como referência para a verificação e análise de todos os elementos do crime. A consciência, a vontade, a representação do resultado e assim por diante, tudo na análise do crime toma como referência o homem normal.

Em relação ao adolescente, os elementos do ato infracional devem ser compreendidos em função de sua condição peculiar, e não em função do parâmetro da "normalidade" da fase adulta. Assim, o resultado morte advindo de uma lesão corporal ou de uma subtração patrimonial pelo fato do emprego de excessiva força física ou mesmo uma arma, deve ser compreendido à luz da perspectiva de um adolescente em processo de desenvolvimento, e não de um adulto.

Noutras palavras, o operador do direito deve considerar a condição peculiar do adolescente também no processo de cognição do ato infracional, e para tanto há de considerar a posição de um adolescente, e não de um adulto.

Os resultados advindos desse proceder são radicalmente diferentes, e talvez seja nas infrações de natureza sexual mais fácil realizá-lo e entendê-lo, pois todos sabemos o que é o problema da sexualidade na adolescência. Mas a rigor é possível aplicar a idéia em todos os atos infracionais, por exemplo, na interpretação da torpeza ou futilidade de um homicídio.

Enfim, o diagnóstico de gravidade do ato infracional deve aflorar na medida da condição peculiar de seu ator, que é um adolescente, uma pessoa ainda não completamente desenvolvida. Esse enfoque apresenta a nítida vantagem de permitir a aferição da gravidade do ato infracional de modo concreto e relacionado com um adolescente, e não com um adulto. Conseqüentemente, atenua-se a limitação que o peso de um juízo de gravidade do ato infracional possa ter na imposição de uma medida sócio-educativa.

Também, repetimos, a condição peculiar é uma ferramenta importante na interpretação de outras categorias do direito penal como as discriminantes e a culpabilidade, que por equiparação da noção de ato infracional ao crime têm importância: os requisitos da legítima defesa, a coação física e moral, o conhecimento da lei, o erro, inexigibilidade de conduta diversa, e assim por diante.

O art. 112 do ECA se refere também à capacidade de o adolescente cumprir a medida sócio-educativa. Em nossa interpretação, a prescrição da lei não significa a indagação das condições objetivas de satisfação da sanção, como, por exemplo, a capacidade econômica para reparar o dano.

Por capacidade de cumprimento da medida sócio-educativa devemos entender a suportabilidade do poder disciplinar para o adolescente. No painel do *continuum* disciplinar das medidas sócio-educativas, o operador do direito deve aferir o limite da técnica e modalidade para o seu destinatário.

No momento da escolha da medida, e posteriormente no curso de sua execução, a sanção *x* ou *y* é suportável para aquele garoto, que é pessoa em desenvol-

vimento? Se o rigor da disciplina em abstrato coloca em risco a existência moral e material do adolescente, ou se as condições de cumprimento concorrem para isso, a capacidade de cumprimento está no limite e a medida deve ser atenuada. Atenuada obviamente para outra de conteúdo menos gravoso.

Permite-se assim o mover do sistema para a potencialização das medidas de conteúdo positivo. Trata-se de racionalidade que pode explicar positivamente a constatação já referida do estudo sobre medidas sócio-educativas de que muitas vezes as medidas de meio aberto são aplicadas por causa das condições de cumprimento da internação, e não por adesão ao modelo de intervenção positiva. Na essência, essa interpretação se encaixa no modelo construtivo de Zaffaroni para a administração da justiça criminal (1991:181).

A referência legal à capacidade de cumprimento da medida sócio-educativa permite a incursão em um problema agudo da administração da justiça da infância e juventude, e que diz respeito à drogadição.

O conteúdo disciplinar de qualquer medida sócio-educativa exige um mínimo de capacidade do adolescente em submeter-se e compreender a imposição e cumprimento da medida sócio-educativa.

Salvo a aceitação de um irracional modelo que, à imagem do pesadelo kafkiano, insere o ser humano num determinado processo cujas razões e finalidades não podem ser percebidas pelo sujeito, essa exigência é óbvia.

Não é por outra razão que a lei processual penal e também a Lei de Execução Penal prevêem a suspensão do processo em caso de superveniência de doença mental e a conversão da pena em medida de segurança.

A questão que podemos assim formular, e que vem ao encontro do que aflige os operadores do direito ao questionar o que fazer com aquela porção de meninos dependentes que são apresentados diariamente no fórum, é a seguinte: o dependente apresenta capacidade para cumprir uma medida sócio-educativa?

O grau de dependência e o comprometimento do adolescente são indicativos de que quanto mais elevados eles forem, menor será a capacidade do menino ou menina cumprir a medida sócio-educativa.

Não detemos o mínimo de saber especializado, e por tal razão não pretendemos incursionar no mecanismo desse processo, mas o fato é que a resposta ao projeto disciplinar é inversamente proporcional à crise causada pela dependência química. Quanto mais essa crise aproxima-se do estado crônico, menores são as possibilidades do adolescente em responder positivamente à medida sócio-educativa, pois a condição de sujeito de direitos, que pressupõe a consciência desse estado e a liberdade de agir em razão disso, tende a zero.

Uma imagem vale por mil palavras: quem nunca viu aquele garoto que roubou e é apresentado em estado deplorável perante a autoridade judiciária, sem a menor condição de entender sequer por que lá está e o que está acontecendo?

O que temos feito nessas situações é invariavelmente aplicar a medida sócio-educativa na certeza de seu descumprimento, inaugurando-se uma espiral que terá como resultado a internação ou a morte do adolescente.

A solução para o problema é complexa, mas a idéia de capacidade de cumprimento da medida permite a construção de um raciocínio pelo qual ela é condição, sem a qual não há falar em medida disciplinar.

Essa sugestão parece ter o mérito de deslocar o problema da drogadição para o âmbito da saúde pública, impedindo-se que a disciplina da medida sócio-educativa seja imposta sem o equacionamento preliminar da dependência.

Uma importante conseqüência disso é que os operadores do direito, por meio da decisão judicial, não estarão gerando demandas de investimentos públicos no setor de segurança inutilmente, mas sim criando a pressão necessária à discussão dos investimentos em saúde pública.

Tentamos nestas linhas esboçar uma compreensão fisiológica do ECA como instrumento do poder disciplinar, que obviamente tomamos no sentido penal. O ECA pretende o emprego das tecnologias positivas de intervenção, mas não ousou descartar as medidas de caráter negativo, como a internação.

No contexto do *continuum* disciplinar do ECA, que oscila de uma categoria singela como a advertência até a internação, visualizamos a disciplina como fator limitante de todo o sistema, e por conseqüência da proteção integral.

Dentre outras possibilidades, abordamos aqui o instituto da remissão e os pareceres interprofissionais como problemas numa concepção hermenêutica disciplinar.

Problemas como a elegibilidade e execução de medidas sócio-educativas e seus limites, a divisão judiciária, o papel dos agentes da proteção integral, do rebaixamento da idade penal e a discussão respectiva, podem ser vistos e compreendidos nas suas causas e conseqüências a partir da perspectiva disciplinar.

Por fim, assinalamos que a perspectiva realmente transformadora do Estatuto está na possibilidade de renúncia ao poder disciplinar, como autoriza o art. 112 ao autorizar a não aplicação de medida sócio-educativa.

Essa possibilidade ainda assim sofre importante limitação em razão da consideração da gravidade do ato infracional na elegibilidade, o que demanda uma interpretação à luz da idéia de condição peculiar de modo a atenuar tal limitação.

No limite do sistema, e noutro extremo, é necessário racionalizar o exercício do poder disciplinar, para o que apontamos a idéia da capacidade de cumprimento da medida sócio-educativa.

Resta, pois, para finalizar, indicar que as medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA, despidas de qualquer viés disciplinar no sentido por nós empregado, se constituem no instrumental nuclear da proteção integral e devem ser consideradas como conseqüências da prática de ato infracional nos termos do inc. VII do seu art. 112, em substituição à conservadora categoria das medidas sócio-educativas.

Não são as medidas sócio-educativas, mas sim as protetivas, que têm a perspectiva de germinar e desenvolver as capacidades dos adolescentes como sujeitos de direitos substanciais, que lhes permita agir com liberdade.

Bibliografia

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo : Martins Fontes, 2001.

GALBRAITH, John Kenneth. *Sociedade justa*. Rio de Janeiro : Campus. 1996.

———. *The essencial Galbraith*. Boston : Houghton Mifflin Company, 2001.

MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro Machado. *Código de Menores comentado*. 2. ed. São Paulo : Saraiva. 1987.

PIETROCOLLA, Luci Gati; SINHORETTO, Jacqueline; CASTRO, Rosa. "O Judiciário e a comunidade: prós e contras das medidas sócio-educativas em meio aberto". *RBCCrim*, São Paulo, 2000.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo : Companhia das Letras, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro : Revan, 1991.

ZIMRING, Franklim E. *American youth violence*. New York : Oxford University Press, 2000.

WACQUANT, Löic. *Os condenados da cidade*. Rio de Janeiro : Revan, 2001.

5. CRIMINOLOGIA

5.1

ASPECTOS JURÍDICO-PENAIS DA TRANSMISSÃO DA AIDS

ANDREI ZENKNER SCHMIDT

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breves considerações sobre a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids) – 3. Imputação objetiva: 3.1 Assunção do risco pela vítima; 3.2 A dominabilidade do acontecer causal – Bibliografia.

Resumo: O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve sentença que pronunciou réu pela prática de tentativa de homicídio doloso, tendo em vista a transmissão de Aids contra ex-cônjuge, tendo o portador consciência da doença. Apreciando o caso, percebe-se que, embora até seja possível a existência de dolo no que tange ao futuro evento morte, a imputação objetiva do delito de homicídio não se coaduna ao caso. Os avanços da medicina têm transformado, cada vez mais, a Aids numa doença crônica, caso em que estaria ausente a tipicidade objetiva do delito. Na verdade, a transmissão da doença pode originar um fato atípico, uma lesão corporal culposa, uma tentativa de lesão corporal qualificada e, no máximo, uma lesão corporal qualificada, conforme o caso. Jamais, contudo, homicídio culposo ou doloso.

Palavras-chave: Transmissão de Aids – Imputação objetiva – Assunção do risco pela vítima – Nexo causal.

1. Introdução

A 2.ª Câm. do TJRS, em 1998, deparou, salvo melhor juízo, com o primeiro caso de transmissão dolosa do vírus da Aids apresentado à Justiça Penal gaúcha. O portador/transmissor do vírus foi pronunciado pelo delito de tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, III, c/c o art. 14, II, todos do CP), caso em que ofereceu recurso em sentido estrito contra essa decisão. Abaixo, segue o teor do acórdão proferido, por unanimidade, na 2.ª Câm. Crim. do Tribunal de Justiça Gaúcho (ReCrim 698485232, rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, j. 17.12.1998): "Ementa: Pronúncia. Homicídio. Tentativa. Transmissão de doença letal. Aids. impõe-se a pronúncia por tentativa de homicídio de quem, ciente de que portador de doença letal transmissível – Aids – via relações sexuais, mantém relacionamento amoroso, omitindo da parceira a informação sobre sua doença, e não toma cautela alguma para evitar o contágio. Réu, outrossim, que, depois de rompido o relacionamento, teria procurado a sua ex-parceira e a violentado sexualmente.

Episódio que estampa com maior consistência a possibilidade do *animus necandi*, invocado como inexistente pela defesa. Dúvidas, que a prova e as circunstâncias do caso revelam, que hão de ser resolvidas pelo Tribunal do Júri. Afastamento, porém, da qualificadora do meio insidioso, com acolhimento do parecer ministerial. Relatório: C.E.D.C. interpôs recurso em sentido estrito contra sentença (f. 148/151) que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2.°, III, c/c o art. 14, II, ambos do CP brasileiro, acolhendo a pretensão punitiva contida na denúncia que o acusou de tentar matar V.L.R.R., no período de março de 1991 a julho de 1994, pelo fato de com ela manter relacionamento amoroso, praticando a conjunção carnal sem o uso de preservativo, malgrado ciente, desde julho de 1992, de sua condição de portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids), atestada pelos exames realizados no Hospital do Exército, que o levaram a ser licenciado, de forma definitiva, da corporação. Assim, infectou a vítima, aproveitando-se do sentimento que por ele nutria, dando início ao ato de matá-la, o que ainda não ocorreu por que a doença ainda não desenvolveu os sintomas fatais. Outrossim, praticou o fato através de meio pelo qual poderia resultar perigo comum, pois, ao contaminar a moça, sem comunicar-lhe de sua doença, estava expondo-a a transmissão para outras pessoas com as quais viesse a se relacionar. Na realidade, negou o recorrente a presença do *animus necandi*, tanto que o relacionamento sexual iniciou em março/91 e o réu só ficou sabendo que estava infectado em julho/92. Por outro lado, os meios de comunicação estão sempre a alertar para o uso de preservativos, e a prova dos autos não confirma a prática das relações após julho/92 (f.), razões pelas quais pugnou pela impronúncia.

"O Ministério Público contra-arrazoou, insistindo estar presente o dolo eventual na conduta do recorrente, que, conscientemente, expôs uma jovem adolescente ao contágio de uma doença cuja irreversibilidade é notória. Por outro lado, nessa fase processual o princípio aplicável é o do *in dubio pro societate* (f.).

"Mantida a decisão monocrática (f.), ascenderam os autos, indo com vista ao Órgão Ministerial, que se manifestou pelo provimento parcial do recurso, para se afastar a qualificadora acolhida.

"Voto: Des. Marcelo Bandeira Pereira: Acolhendo o r. parecer ministerial lançado perante esta Corte, dou parcial provimento ao recurso, o que decido unicamente aos efeitos de excluir a qualificadora, mantida, quanto ao mais, a sentença de pronúncia. A questão que se põe neste feito desperta, como anotado pela Dra. Procuradora de Justiça, indagações jurídicas de vulto. A transmissão de doença incurável, como a Aids, através de relacionamento sexual, máxime havendo o contágio, ainda que não manifestados os sintomas próprios da doença, corresponderia a tentativa de homicídio?

Em tese, a configuração da infração incriminada é possível. Sua base fática, na espécie, fins deste simples exame de viabilidade da acusação, está presente. Afinal, vertente incriminatória há, plasmada na versão da vítima, pela qual o relacionamento sexual se viu prolongar no tempo, ignorada por ela a condição de contaminado do parceiro.

As especificidades do caso, todavia, fins de mantença da pronúncia, dispensam maiores considerações doutrinárias e jurisprudenciais. É que, pelo relato da vítima, estando já rompido o seu relacionamento amoroso com o acusado, até aí, enfatizo, ignorada a condição dele de soropositivo, viu-se por ele violentada sexualmente. Na ocasião, indiscutivelmente, o réu já sabia da sua doença, pela qual dera baixa do Exército em 1992. Mais, deu conta a vítima de que o réu, como quase sempre ocorrera nos relacionamentos sexuais pretéritos, não usou preservativos.

Ora, ante esse relato, cuja veracidade, outrossim, há de ser avaliada apenas pelo Tribunal do Júri – a dúvida, aqui, se resolve em favor da sociedade –, a imputação de tentativa de homicídio não é algo que não encontre apoio em elementos do processo. Esse episódio último, apartado do relacionamento antes havido, torna palpável até o *animus necandi*, cuja ausência é sustentada pela defesa. *Animus*, outrossim, que mesmo o prolongar do relacionamento sexual, omitida qualquer cautela e a simples notícia da doença contagiosa, não permitiria, de outra forma, afastar neste comenos.

A qualificadora, porém, vai espancada, nos termos da proposição contida no parecer ao início referido, ao qual me reporto, *in verbis*: 'Porém, como se entende que o qualificativo em questão tem procedência duvidosa, é possível apenas afastá-lo, aproveitando-se a pronúncia no restante. Justifica-se a inconsistência da qualificadora do meio insidioso e/ou do meio de que possa resultar perigo comum. Primeiro, porque, considerando as peculiaridades do presente caso, vez que havia uma vinculação afetiva entre o réu e vítima, fica difícil afirmar que houve dissimulação. Segundo, porque 'para a configuração da qualificadora do art. 121, § 2.°, III, do CP, há necessidade de que o agente tenha procurado meio capaz de resultar perigo comum, com o desencadear de forças dificilmente controláveis, tais como inundação, incêndio, explosão, envenenamento de uma fonte ou de substâncias alimentícias, que possam atingir determinado número de pessoas' (*RT* 468/329)' (f.)."

Dessa decisão foi interposto *habeas corpus* perante o STJ, que, em decisão unânime da 6.ª T., consignou (HC 9.378-RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª T., un., j. 18.10.1999, *DJ* 1 204-E, 23.10.2000, p. 186): "Ementa: *Habeas corpus*. Tentativa de homicídio. Portador vírus da Aids. Desclassificação. Art. 131 do CP. 1. Em havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da Aids é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio. 2. Ordem denegada".[1]

(1) "Relatório: Sr. Min. Hamilton Carvalhido: *habeas corpus* impetrado em favor de C.E.D.C. contra decisão da 2.ª Cam. Crim. do TJRS que, provendo parcialmente recurso em sentido estrito, exclui da acusação a qualificadora inserta no art. 121, § 2.°, III, do CP, mantendo a pronúncia do paciente por tentativa de homicídio simples, em razão de ter mantido relações sexuais com V.L.R.R., sem precauções, omitindo ser portador de doença letal transmissível, Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids).

Partindo dessas duas decisões, o presente estudo tem por meta revisar alguns aspectos teóricos dessa nova modalidade de "desvio social" – ou seja, transmissão de Aids –, cujo tratamento jurisprudencial a ser comentado não parece guardar adequação ao contornos do Direito Penal Democrático, com suas garantias fundamentais. Ressaltamos, contudo, que a apreciação irá restringir-se à apreciação objetiva da imputação penal, ficando protraído, para um estudo complementar, a análise da imputação subjetiva dessas polêmicas situações.

2. Breves considerações sobre a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids)

Antes de enfrentarmos os aspectos jurídico-penais que envolvem a transmissão da Aids, torna-se relevante conhecer os aspectos clínicos e diagnósticos do vírus HIV. Justifica-se tal abordagem transdisciplinar por dois aspectos: em primeiro lugar, porque o Direito Penal moderno não se pode ocupar do mero caráter do delinqüente, ou seja, a personalidade e o pensamento, por pior que sejam, não podem autorizar, por si sós, uma punição. É uma decorrência da *secularização do Direito* que somente a prática de fatos (mas não qualquer fato) é que pode autorizar a intervenção penal (*nullum crimen sine injuria*), e, por esse motivo, de nada adianta discutirmos acerca da vontade que alguém possui de matar outrem se não realizar, ele, uma conduta apta para isso (não é à toa a aceitação geral do instituto

A impetração está fundada na ausência de justa causa para a ação penal, visto que não provada a intenção do agente de transmitir a doença ou que, efetivamente, tenha contaminado a vítima.

Pugna, ainda, pela desclassificação para o delito de perigo de contágio de moléstia grave, art. 131 do CP, e, neste caso, pela extinção da punibilidade pela prescrição.

O feito veio a este STJ por força da EC 22, de 18.03.1999, que arrimou a declinatória do Excelso STF (f.).

Liminar deferida para suspender o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, em virtude de sua designação para data anterior à apreciação do mérito da presente ordem, às f.

O parecer do Ministério Público é pelo conhecimento e indeferimento da ordem (f.).

É o relatório.

Voto: O Sr. Min. Hamilton Carvalhido (relator): Senhor Presidente, quer o impetrante o trancamento da ação penal à qual responde o paciente por tentativa de homicídio, em face do relacionamento sexual com o intuito de transmitir Aids, ou a desclassificação da conduta para o crime de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do CP).

Insurge-se contra decisão do Tribunal estadual que manteve a pronúncia do paciente; alega ausência de justa causa para ação penal, visto não comprovada a intenção do agente de transmitir a doença, ou que, de fato, fora o responsável pela contaminação da vítima.

Neste ponto, a apreciação depende do exame de provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

do crime impossível[2] – art. 17 do CP brasileiro). Portanto, mister se faz uma abordagem científica da síndrome, a fim de constatarmos as suas exatas dimensões epidemiológicas.

Já a segunda justificativa trava-se em termos sociológicos. Com efeito, o índice de transmissão da Aids, no mundo, agrava-se acentuadamente. Segundo dados do Ministério da Saúde,[3] em dezembro do ano 2000 já foram registrados, em todo o mundo, mais de 44 milhões de pessoas infectadas pelo vírus. Na África do Sul, estima-se que mais de 10% dos 43 milhões de sul-africanos[4] estão conta-

Quanto à segunda pretensão: desclassificação para o crime do art. 131 do CP, a conseqüente exclusão da tipicidade do crime de homicídio deve ser rejeitada, pois evidente o dolo de matar. É o que se depreende do acórdão recorrido: '(...) As especificidades do caso, todavia, fins de mantença da pronúncia, dispensam maiores considerações doutrinárias e jurisprudenciais. *É que, pelo relato da vítima, estando já rompido o seu relacionamento amoroso com o acusado, até aí, enfatizo, ignorada a condição dele de soropositivo, viu-se por ele violentada sexualmente. Na ocasião, indiscutivelmente, o réu já sabia da sua doença, pela qual dera baixa do Exército em 1992.* Mais, deu conta a vítima de que o réu, como quase sempre ocorrera nos relacionamentos sexuais pretéritos, não usou preservativos.

Ora, antes desse relato, cuja veracidade, outrossim, há de ser avaliada apenas pelo Tribunal do Júri – a dúvida, aqui, se resolve em favor da sociedade –, a imputação de tentativa de homicídio não é algo que não encontre apoio em elementos do processo. Esse episódio último, apartado do relacionamento antes havido, torna palpável até o *animus necandi*, cuja ausência é sustentada pela defesa. *Animus*, outrossim, que mesmo o prolongar do relacionamento sexual, omitida qualquer cautela e a simples notícia da doença contagiosa, não permitiria, de outra forma, afastar neste comenos' (f. – nossos os grifos).

Assim, agira com dolo (eventual) quanto à morte da vítima, devendo responder por tentativa de homicídio.

Nesse sentido, os comentários de Heleno Cláudio Fragoso ao art. 131 do CP: 'Se a moléstia grave vem, efetivamente, a transmitir-se, haverá apenas o crime de lesão corporal. Trata-se de concurso aparente de normas, em que o crime de perigo fica excluído pelo crime de dano (subsidiariedade).

Se da moléstia grave sobrevier a morte, teremos lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3.º, CP), desde que não tenha havido por parte do agente o *animus necandi*. Nesse último caso, o crime seria homicídio' (*Lições de direito penal. Parte especial*, 9. ed., Forense, vol. I, p. 150).

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto."

(2) Pense-se, por exemplo, no caso de alguém que, descobrindo estar contaminado pela Aids, mantém relações sexuais com diversas pessoas, a fim de transmitir o vírus. Posteriormente, é informado, pelo laboratório onde houvera feito os exames de sangue, que o diagnóstico foi equivocado, e que, na verdade, não é ele portador do vírus

(3) <http://www.aids.gov.br>.

(4) *Folha de S. Paulo*, "África do Sul retoma campanha de combate à Aids". *Folha on line*, em 23.10.2000, 14h34 <www.folha.com.br>.

minados com o vírus, enquanto, no Brasil, as estatísticas apontam para, aproximadamente, 14 infectados para cada 100.000 habitantes.[5]

Historicamente, a aparição do vírus remonta a 1983, quando o HIV-1 foi isolado de pacientes com Aids pelos pesquisadores Luc Montaigner, na França, e Robert Gallo, nos EUA, recebendo os nomes de LAV (Lymphadenopathy Associated Virus ou Virus Associado à Linfadenopatia) e HTLV-III (Human T-Lymphotrophic Virus ou Vírus T-Linfotrópico Humano tipo III) respectivamente nos dois países. Em 1986, foi identificado um segundo agente etiológico, também retrovírus, com características semelhantes ao HIV-1, denominado HIV-2. Nesse mesmo ano, um comitê internacional recomendou o termo HIV (Human

(5) "A Aids foi identificada pela primeira vez no Brasil em 1980. Na primeira metade da década de 80, a epidemia manteve-se restrita a São Paulo e Rio de Janeiro, as maiores regiões metropolitanas do País. A partir do final daquela década, observou-se a disseminação da doença para suas diversas regiões. Apesar do registro de casos em todos os estados, a epidemia da Aids não se distribui de forma homogênea, observando-se a maior concentração de casos nas Regiões Sudeste e Sul, as mais desenvolvidas do Brasil. As taxas de incidência nos últimos anos evoluíram de 8,0 por 100.000 habitantes, em 1991, para 13,7 por 100.000 habitantes, em 1998 (...) e apresentam uma grande variação ao longo do território brasileiro (é oportuno salientar que a cifra referente ao período de 1999 a maio de 2000 representa, certamente, muito mais um retardo de notificação do que um verdadeiro declínio acentuado). 'Hoje, o que denominamos de epidemia de Aids no Brasil é, de fato, o somatório de sub-epidemias microrregionais em interação permanente, devido aos movimentos migratórios, aos fluxos comerciais e de transporte, aos deslocamentos de mão-de-obra, ao turismo, ou seja, de maneira mais geral, à mobilidade da população' (Szwarcwald et al., 1997). (...) A velocidade de crescimento da epidemia no País foi de, aproximadamente, 36% ao ano, no período de 1987/89 a 1990/92, decrescendo para 12%, no período de 1990/92 a 1993/96. Apesar de apresentar as maiores taxas de incidência, a região Sudeste é a que apresenta, atualmente, o menor ritmo de crescimento e a maior tendência à estabilidade. A análise da expansão da epidemia, segundo as categorias populacionais dos tamanhos dos municípios, mostra que a epidemia teve início nos grandes centros urbanos, mas que esses mesmos centros detêm o menor aumento relativo do crescimento. Observa-se que os maiores ritmos de crescimento ocorrem entre municípios pequenos, com menos de 50.000 habitantes, identificando-se que nesses municípios a epidemia está ainda na fase inicial de expansão (Szwarcwald et al., 1999)" (Cf. Carmen Dhalia et al. "A Aids no Brasil: situação atual e tendências". Internet: <http://www.aids.gov.br/udtv/boletim_dez99_jun00/aids_brasil.htm>). "Segundo os dados da Unaids, citados por Piot, o Brasil aparece em primeiro lugar entre os países da América Latina e do Caribe em número de casos de Aids, com 540.000 pessoas contaminadas. Apesar de liderar em números absolutos, o Brasil cai para a 14.ª posição no percentual de população contaminada, com 0,57% dos adultos com o vírus da Aids, destacou Piot. No Haiti, o país mais atingido pelo problema na região, 5,17% da população adulta tem o vírus da Aids, sendo que nas áreas urbanas este índice chega a 10%" (*Folha de S. Paulo*, "Foro sobre Aids começa com polêmica em relação à posição da Igreja". *Folha on Line*, 06.11.2000, 1h33 <www.folha.com.br>).

Immunodeficiency Virus ou Vírus da Imunodeficiência Humana) para denominá-lo, reconhecendo-o como capaz de infectar seres humanos.[6]

A infecção pelo HIV caracteriza-se por uma intensa e contínua replicação viral, que resulta, principalmente, na destruição de linfócitos T-CD4+. A depleção progressiva do *pool* de linfócitos T-CD4+, em conjunto com outras alterações do sistema imune, leva à imunodeficiência. Dessa forma, a supressão da replicação viral é fundamental para que se possa diminuir ou reverter o dano imunológico, e por essa razão é que se fala, modernamente, em tratamento anti-retroviral, desenvolvido a partir de combinação de medicamentos.

O benefício da terapia anti-retroviral combinada já foi claramente demonstrado em pacientes com doença clinicamente avançada e naqueles que apresentam imunodeficiência acentuada. Para os pacientes assintomáticos e com contagem de linfócitos T-CD4+ > 350 células/mm^3, principalmente se acima de 500, o benefício do tratamento ainda não está claramente demonstrado. Embora o objetivo da terapêutica seja a obtenção de carga viral indetectável (< 400 cópias/ml), deve-se considerar como resultado positivo uma grande redução (1 log ou 90% da carga viral inicial nas primeiras quatro a seis semanas; ou 2 log ou 99%, após 12-16 semanas) nos seus valores, mantendo-se a seguir em níveis muito baixos (< 5.000 cópias/ml), desde que acompanhada de aumento, ou, no mínimo, manutenção dos níveis de células T-CD4+ em valores significativos de imunidade satisfatória para o caso. Uma redução de, pelo menos, 1 log na carga viral plasmática, é esperada após 4 semanas do início da terapia anti-retroviral; e de, pelo menos, 2 log, por volta da 12.ª –16.ª semana. Após 6 meses de terapia anti-retroviral, espera-se que a carga viral esteja indetectável.

Em alguns casos, contudo, o tratamento não oferece bons resultados. A falha terapêutica de um esquema anti-retroviral é definida como a ocorrência de deterioração clínica e/ou queda significativa e persistente do número de linfócitos T-CD4+ (>25%) e/ou aumento significativo da carga viral (> 0,5 – 1 log). Do ponto de vista laboratorial, os principais parâmetros que sugerem progressão incluem a elevação significativa da carga viral (> 0,5 log; ou 3 vezes o valor inicial) e/ou redução importante no valor da contagem de células T-CD4+ (diminuição > 25% no número absoluto de T-CD4+; ou 3% do basal em percentual). Variações entre dois resultados de exame de carga viral menores do que 0,5 log (ou 3 vezes, em relação ao valor anterior) não são consideradas significativas, do ponto de vista clínico, uma vez que essa é a faixa de variabilidade intertestes. A falha de um esquema terapêutico pode ocorrer por diferentes motivos, incluindo resistência viral prévia a um ou mais agentes, absorção alterada, interações medicamentosas e não-adesão do paciente ao tratamento. Quando possível, a causa da falha deve ser identificada e corrigida. A não-adesão é a causa mais freqüente de falha do tratamento. O uso dos medicamentos em doses sub-ótimas ou de forma irregular

(6) Brasil. Ministério da Saúde. "Aids: etiologia, clínica, diagnóstico e tratamento". <http://www.aids.gov.br/assistencia/etiologia_diagnostico.htm>.

acelera o processo de aparecimento de cepas virais resistentes. Por esse motivo, antes de se concluir, definitivamente, que se trata de um caso de falha terapêutica por resistência viral, e prosseguir para a mudança do esquema terapêutico, é importante certificar-se de que o paciente está, realmente, fazendo uso dos medicamentos na posologia considerada adequada.[7]

As principais formas de transmissão do HIV são: sexual, por relações homo e heterossexuais; sangüínea, em receptores de sangue ou hemoderivados e em UDIV; e perinatal, abrangendo a transmissão da mãe para o filho durante a gestação, parto ou por aleitamento materno. Além dessas formas mais freqüentes há também a transmissão ocupacional, por acidente de trabalho em profissionais da área da saúde que sofrem ferimentos pérfuro-cortantes contaminados com sangue de pacientes com infecção pelo HIV e, finalmente, há oito casos descritos na literatura de transmissão intradomiciliar, nos quais não houve contato sexual nem exposição sangüínea pelas vias classicamente descritas. A principal forma de exposição no mundo todo é a sexual, e a transmissão heterossexual através de relações sem o uso de preservativo é considerada, pela OMS, como a mais freqüente do ponto de vista global.[8] Outro meio de grande proliferação da doença é por compartilhamento de agulhas e seringas pelos usuários de drogas injetáveis.[9]

Por fim, uma última, mas crucial indagação: qual a real chance de aquisição de HIV após uma relação sexual desprotegida, tanto para o heterossexual quanto para o homossexual?

A estimativa da probabilidade de que um indivíduo susceptível seja infectado pelo HIV-1, a partir de um único contato sexual com pessoa infectada pelo HIV, é importante para compreender a disseminação epidêmica do HIV-1 e ajudar a explicar por que a transmissão sexual parece variar em diferentes regiões do mundo. A descoberta da Aids se deu como conseqüência da investigação epidemiológica, e as primeiras definições de caso e acompanhamento da emergência da epidemia,

(7) Brasil. Ministério da Saúde. "Recomendações para terapia anti-retroviral em adultos e adolescentes infectados pelo HIV", 1999 <http://www.aids.gov.br/assistencia/antiretroviral/consenso99_jul99.htm>.

(8) Vide <http://www.aids.gov.br/livro/c105.htm>.

(9) "A transmissão sangüínea do HIV em hemofílicos e em indivíduos que receberam transfusão de sangue, segmento populacional intensamente atingido no início da epidemia, vem apresentando um importante declínio ao longo do tempo. Essa queda é conseqüência do rigoroso controle do sangue e hemoderivados, adotado principalmente a partir da disponibilidade dos testes laboratoriais para detecção de anticorpos anti-HIV. Essas subcategorias representavam 62% da categoria de exposição sangüínea, em 1984, e 0,9 %, em 1999/2000. Por outro lado, observa-se uma rápida e extensa difusão dos casos de usuários de drogas injetáveis em determinadas áreas geográficas. Em 1984, 37% dos casos de Aids por transmissão sangüínea eram atribuídos, pelo compartilhamento de agulhas e seringas, ao uso de drogas injetáveis. Essa subcategoria, em 1999/2000, já representava 99% das ocorrências por transmissão sangüínea (Ministério da Saúde, 2000)" (cf. Carmen Dhalia et alii, op. cit.).

ainda antes de se conhecer o agente etiológico, foram feitos através dos dados epidemiológicos e estatísticos. Posteriormente, foram desenvolvidos modelos matemáticos tentando estabelecer o número de casos esperados para cada região para permitir o planejamento de ações de saúde, alocação de recursos e direcionamento de campanhas de prevenção. Por outro lado, esses modelos permitem avaliar, até certo ponto, que as mudanças nos rumos da pandemia sejam provocadas por medidas preventivas adotadas ou por algum fator interveniente não considerado anteriormente. Esses modelos consideram nos cálculos o número de contatos que poderiam propiciar a contaminação, a probabilidade de que um determinado ato seja contagioso e a prevalência da infecção na população considerada. Em trabalho realizado na Tailândia, por exemplo, avaliaram-se homens expostos a profissionais do sexo com soroprevalência de aproximadamente 85% e obteve-se uma probabilidade de transmissão do HIV por contato sexual, da mulher para o homem, de 0,03/1. Essa probabilidade foi maior do que a calculada na América do Norte (homem para mulher, 0,001). As probabilidades de transmissão, no entanto, variaram de acordo com a presença de DST e de circuncisão. Na América do Norte a probabilidade chegou a 0,0057 (oito vezes maior) *se o parceiro já apresentava Aids*. Estima-se que a probabilidade de contaminação em relação sexual anal receptiva sem proteção entre homens seja de 0,005 a 0,030.[10]

Portanto, o que há de concreto, hoje, é que a Aids não possui cura definitiva; a tendência, pelo menos num curto espaço de tempo, é que a doença se torne crônica, com o paciente mantendo um padrão de vida normal à custa de medicamentos anti-retrovirais. Inobstante isso, também é sabido que algumas pessoas infectadas vivem normalmente (mesmo sem o uso de medicamentos), sem que os sintomas do vírus se manifestem, enquanto outras, para tanto, necessitam do permanente consumo do "coquetel de remédios" à disposição no mercado. Por fim, tanto num como no outro caso, é comum os pacientes sucumbirem ao vírus. Uma coisa, pois, é certa: já são freqüentes os casos em que a doença, embora incurável, não leve o infectado à morte.[11]

(10) Brasil, Ministério da Saúde. <http://www.aids.gov.br/livro/c110.htm>.

(11) "O programa de acesso universal à terapia anti-retroviral, junto com outras iniciativas como o uso mais difundido de quimioprofilaxia para as principais infecções oportunistas e a disponibilização de modalidades de assistência que visam à redução das internações hospitalares, tais como Assistência Ambulatorial Especializada, Hospital-dia e Assistência Domiciliar, têm determinado um impacto semelhante ao verificado nos países desenvolvidos. No que diz respeito à redução das mortes observou-se nos últimos anos uma redução expressiva na mortalidade ocasionada por Aids, de cerca de 38%, entre 97/95. Essa redução já alcança 54% em São Paulo e 48% no Rio de Janeiro, entre 95 e 99 – municípios que concentram 32% dos casos de Aids do País. Observou-se também uma redução de aproximadamente 60-80% na ocorrência dos principais processos oportunistas relacionados com imunodeficiência grave em pacientes HIV+, tais como criptococose, citomegalovirose, Sarcoma de Kaposi e tuberculose" (Brasil. Ministério da Saúde <http://www.aids.gov.br/assistencia/politica_medic_aids_brasil.htm>).

3. Imputação objetiva

Os delitos que requerem um evento naturalístico para a sua consumação (crimes materiais) estão sujeitos, além da análise dos requisitos mínimos da conduta humana e do resultado, à verificação da possibilidade de imputação desse resultado ao agente. Durante muito tempo, tal imputação – nos crimes comissivos – sujeitava-se, apenas, a uma investigação científica de causalidade entre a ação e o resultado, cujas bases filosóficas encontravam-se estruturadas sobre o *positivismo mecanicista* herdado dos estudos do físico Isaac Newton e aplicados à Filosofia, principalmente, pelas mãos de Augusto Comte.[12] Dessa base metodológico-experimental resultava que toda formação do conhecimento deveria ater-se somente àquilo que fosse suscetível de observação empírica, visto que a experiência seria a única fonte da verdade. Assim, se na natureza tudo se coloca numa relação de causa e efeito – como afirmava Newton –, também a conduta humana deveria ser investigada a partir dessa sucessão de causas e efeitos, regida pelas leis da causalidade. Nesse sentido é que Von Liszt, em sua formulação originária, conceitualizava ação como "a produção voluntária de uma modificação no mundo exterior".[13] Toda conduta humana, independentemente de sua espécie, possuía como efeito uma alteração, por menor que fosse, na vida concreta. Assim, mesmo em relação a delitos em que, aparentemente, isso não pudesse ser constatado facilmente, ainda assim esse resultado não poderia ser desprezado: no delito de injúria, por exemplo, a modificação no mundo exterior caracterizava-se pela provocação de vibrações no ar e nas alterações no processo fisiológico do sistema nervoso do ofendido.[14]

Nesse contexto é que se desenvolveram as *teorias do nexo de causalidade*, principalmente no que tange aos delitos comissivos de resultado naturalístico

(12) Augusto Comte. "Curso de filosofia positiva". *Os pensadores. Augusto Comte.* Trad. José Arthur Giannotti. Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo : Abril, 1983.

(13) Franz von Liszt. *Tratado de derecho penal.* Trad. Luis Jimenez de Asua. 4. ed. Madrid : Reus, 1999, t. II, p. 297.

(14) Anos após, viu-se Von Liszt obrigado a reformular a sua concepção, já que o conceito apresentado não se prestava a explicar a omissão humana. Percebendo que do nada, nada advém, acabou o pensador austríaco por ampliar o conceito de ação, nos seguintes termos: "ação é a conduta voluntária no mundo exterior; causa voluntária ou não impeditiva de uma modificação no mundo exterior" (*Tratado*, cit., p. 297). Para ele (e agora de forma definitiva), a idéia de ato supõe três elementos fundamentais: a) manifestação de vontade; b) exteriorização dessa vontade; c) relação causal entre o resultado e a manifestação de vontade. No que tange ao terceiro elemento, afirmava Von Liszt que todo resultado deve possuir uma relação com a manifestação de vontade. Essa relação existe objetivamente, quando o resultado é causado ou não impedido (contrariando um dever) pela manifestação de vontade, ou seja, quando entre esta e aquele existe uma "conexão causal" ou "relação analógica". Assim, enquanto nos crimes comissivos tal conexão era estritamente *naturalística*, nos omissivos era *normativa* (visto que a imputação do resultado ao omitente decorre, exclusivamente, de uma norma jurídica).

obrigatório, sendo que ainda hoje a doutrina penal, principalmente no Brasil, costuma trabalhar a adequação típica da conduta a partir da *teoria da equivalência dos antecedentes causais* (*conditio sine qua non*), adotada expressamente em nosso Código Penal (art. 13, *caput*). Contudo, não poucos problemas vêm ocorrendo quando se pretende seguir à risca o método mecanicista de imputação objetiva do resultado, principalmente porque o nexo de causalidade, nesses termos, acarretaria uma gama infinita de causas de um resultado (assim, por exemplo, o dano patrimonial, no delito de furto, poderia ser imputado objetivamente aos pais do delinqüente, já que a concepção deste, naturalisticamente, também era causa do resultado).

Tais dificuldades, modernamente, acentuam-se ainda mais. Com efeito, os avanços tecnológicos, oriundos da frenética busca pelo "bem-estar" individual, resultaram no *risco de procedência humana como fenômeno social estruturante*, ou seja, os cidadãos passam a estar expostos a constantes riscos que provêm de decisões que outros cidadãos concretizam durante o manejo dos avanços tecnológicos. Vivemos hoje, nas palavras de Ulrich Beck,[15] numa "sociedade de riscos" (*Risikogesellschaft*), dado o aumento significativo da intensidade de situações de perigo: trânsito, genética, meio ambiente, energia nuclear, informática, comunicações etc. são apenas alguns exemplos elucidativos da permanente ameaça em que se vê inserido o ser humano.

Nessa nova e complexa realidade é que o Direito Penal deve se desenvolver. Modernamente, a imputação objetiva, dentro da teoria do injusto penal, ultrapassa a mera abordagem mecanicista do resultado para, agora, lidar com as noções de "risco permitido" e "risco não-permitido". Se conduzir um veículo, manipular genomas humanos, explorar o meio ambiente e investir no mercado financeiro são exemplos de constante ameaça individual e social, deve-se evoluir o nível do discurso penal para a delimitação (ainda que não exata) da fronteira entre o risco que pode, ou não, ser tolerado. A aceitação da forçosa convivência entre ação e perigo centraliza a atenção, inevitavelmente, para os instrumentos de medição das cotas de risco que o ordenamento jurídico está disposto a tolerar, renunciando à tipicidade do fato cometido.[16] Os instrumentos fornecidos pelo Direito Penal clássico não são mais satisfatórios para resolver os problemas de uma criminalidade que nada mais tem de clássica, e que está caracterizada, nas palavras de Hassemer, a) pela ausência de vítimas determinadas (o sujeito passivo direto ou é difuso – pensionistas, saúde pública, meio ambiente etc. –, ou é o próprio Estado), b) pela pouca visibilidade dos danos causados (marcando, pois, uma inflação dos crimes de perigo abstrato) e c) pelo novo *modus operandi* do delinqüente (a caneta e o papel substituem as

(15) Ulrich Beck. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, 1986.

(16) Cf. Andrea Costaldo. "La concreción del 'riesgo jurídicamente relevante'". In: Jesús-María Silva Sánchez (Org.). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona : Bosch, 1997, p. 235.

armas).[17] Aqui, a sociedade passa a ser tratada como uma "sociedade de sujeitos passivos". Com a transformação do *unglück* (acidente, fortuito) em *unrecht* (injusto), o modelo penal pós-industrial permite a existência de um protótipo de vítima que não assume a possibilidade de que o fato perpetrado seja devido a uma "culpa sua" ou que, simplesmente, responda-se como um azar. Parte-se do axioma de que sempre há de existir um terceiro responsável pelo risco, e a ele se deve imputar o fato e suas conseqüências, patrimoniais e penais.[18] Conseqüentemente, a política criminal moderna passa a lidar com: a) a primazia do interesse de "combater" com celeridade e urgência os problemas mais amplamente difundidos pelos meios de comunicação e que, por isso, são sentidos pela opinião pública como mais ameaçadores; b) o crescente emprego dos crimes de perigo abstrato, que prescindem, para a imposição de uma pena, dos requisitos do resultado, do nexo de causalidade e, até mesmo, da própria conduta; c) a eliminação dos diversos graus da imputação jurídico-penal, tais como tentativa-consumação, autoria-participação; d) a exasperação de penas, cujo fim reveste-se, eminentemente, da prevenção geral negativa. Isso tudo decorre, com certeza, da crise do paradigma do bem jurídico como função limitativa da intervenção: os bens jurídicos "universais" sobrepõem-se aos bens jurídicos individuais, caso em que a função negativa do bem jurídico – ou seja, a sua finalidade estratégico-descriminalizadora de supressão de cominações penais, que não tinham por objeto a proteção concreta de um bem jurídico – dá lugar à sua função positiva, isto é, a proteção de bens jurídicos transforma-se num mandado de penalização, e não na proibição incondicionada da penalização.[19]

Portanto, o "moderno" Direito Penal vê-se obrigado a lidar com situações em que, por um lado, a intervenção penal impõe-se à míngua de uma causalidade mecanicista, e, por outro, a intervenção penal exclui-se, apesar de tal relação causal restar verificada. Diante dessa nova realidade social é que a *teoria da imputação objetiva*, modernamente, vem-se desenvolvendo. Não poucos penalistas do mundo inteiro vêm discutindo os exatos limites da intervenção penal, mas não a partir de métodos *mecanicistas* ou *fenomenológicos*, e sim de métodos *neokantistas* (principalmente o funcionalismo e o neocontratualismo). Por esse motivo é que, apesar de todos concordarem quanto à base estrutural da *teoria da imputação objetiva* ("sociedade de risco"), os limites da sua aplicação restam bastante controvertidos: enquanto alguns autores valem-se dessa teoria para am-

(17) Winfried Hassemer. "Perspectivas de uma política criminal moderna". *Três temas de direito penal*, cit., p. 83-97.

(18) Cf. Jesús-María Silva Sánchez. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid : Civitas, 1999, p. 34.

(19) Sobre o assunto, vide Winfried Hassemer. *Persona, mundo y responsabilidad*. Trad. Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999, p. 30-34.

pliar a intervenção penal,[20] outros baseiam-se nela para limitar essa mesma intervenção.[21]

O presente trabalho, por óbvio, não tem por escopo exaurir o tema, mas, por filiarmo-nos à (ainda resistente) finalidade protetiva de bens jurídicos atribuída ao Direito Penal,[22] convém desenvolver tal concepção como mecanismo limitador da intervenção, e não ampliativo. Assim, embora a base funcional de fundamentação da teoria possa ser contestada – visto que leva em consideração que o injusto decorre da violação de deveres de organização e não da realização de uma conduta que ultrapasse os lindes da intervenção estatal –, pode ela ser acolhida, na falta de outros indicadores, desde que subordinada às condições pessoais do sujeito e de sua liberdade contextual.[23]

Nesse sentido, é de todo pertinente a afirmação de Roxin no sentido de que "um resultado causado pelo agente só se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo, para o bem jurídico, não aceito por um risco permitido, e desde que esse risco tenha realizado o resultado concreto".[24] Com isso, pretende-se solucionar os casos em que, segundo a doutrina penal clássica, excluía-se a imputação, tendo em vista a inadequação da imposição de uma penalidade, por meio da exclusão do dolo.[25] Em outras palavras: a *teoria da imputação objetiva* limita a responsabilidade jurídico-penal, em caso de corrente causal anormal e conseqüências danosas atípicas, já no setor do *tipo de injusto objetivo*. Ela busca delimitar as fronteiras onde termina a imputabilidade, com base na *finalidade protetiva da norma* e sob o ângulo de visão da *previsibilidade objetiva e evitabilidade* do resultado típico, da *dominabilidade do acontecer causal e da realização do risco de uma ocorrência de dano criada ou aumentada pelo agente*.[26] Estando a questão da causalidade já solucionada, no caso concreto, pela

(20) V. Günther Jakobs. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires : Adhoc, 1996.

(21) Vide Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid : Civitas, 1997.

(22) Sobre o assunto, vide: Hérman Hormazábal Malareé. *Bien juridico y Estado social y democratico de derecho*. Barcelona : PPU, 1991.

(23) Cf. Juarez Tavares. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000, p. 224.

(24) Op. cit., p. 363.

(25) Essa é a solução apontada por Welzel em seu famoso exemplo: alguém que, pretendendo matar outrem, instiga-o a dirigir-se a um bosque no instante em que se aproxima uma tempestade, na esperança de que um raio venha a atingi-lo (Hans Welzel. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Busto Ramírez y Sergio Yánez Pérez. 4. ed. Santiago : Juridica de Chile, 1997, p. 79-80). Nesse caso, como ao autor não era dada a possibilidade de influir no processo causal, negava-se o dolo de sua conduta, embora a causalidade material estivesse presente.

(26) Cf. Johannes Wessels. *Direito penal*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre : Fabris, 1976, p. 46.

teoria da condição, e como agora se discute acerca de critérios objetivos limitadores dessa causalidade, não haverá necessidade de se projetarem critérios positivos, mas sim negativos da atribuição. A *teoria da imputação objetiva*, portanto, não é uma teoria para atribuir, senão para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito.[27]

Dentre esses diversos critérios limitativos,[28] destacam-se dois que, em nosso estudo, assumem especial relevância. O primeiro, mencionado por Roxin,[29] refere-se à "colocação voluntária de um terceiro em situação de perigo", enquanto o segundo, cujas origens remontam a Wessels,[30] trata da "dominabilidade do acontecer causal". Vejamos os seus respectivos conteúdos, bem como sua implicações na jurisprudência citada no capítulo anterior.

3.1 Assunção do risco pela vítima

A criação de um perigo não permitido acarreta a imputação objetiva do resultado ao seu autor. Contudo, vêm-se desenvolvendo, modernamente, orientações no sentido de que a criação do risco não-permitido, em alguns casos, não está no âmbito de alcance do tipo ou da finalidade protetiva da norma (ou seja, da proibição de matar, lesionar etc.), já que o tipo de injusto não está destinado a impedir tais resultados. Essa problemática tem importância, sobretudo, nos eventos culposos, já que, se alguém provoca dolosamente a lesão de um bem jurídico mediante um perigo criado por ele sem atuar protegido por um risco permitido, normalmente será missão dos tipos de injusto garantir proteção frente a tal conduta. Mas isso não é sempre assim, principalmente nas situações em que o autor, embora crie um risco não permitido, conte com a assunção desse mesmo risco pela vítima. Exemplo: um passageiro deseja que o condutor de um barco conduza-o por um rio, durante uma tempestade. O barqueiro desaconselha-o, fazendo menção aos perigos da travessia, mas o cliente insiste em seu desejo, caso em que o barco, durante a travessia, vem a naufragar.

Alguns autores tentam resolver esse problema à luz do *consentimento do ofendido*, como causa excludente da culpabilidade.[31] Tal solução, contudo, já está

(27) Nesse sentido: Juarez Tavares, op. cit., p. 222.

(28) Tais critérios foram bem sintetizados por Juarez Tavares, nos seguintes termos: "Não haverá, assim, imputação: a) se o agente tiver diminuído o risco para o bem jurídico; b) se o agente não tiver aumentado o risco para o bem jurídico; c) se o risco era permitido; d) se esse risco não se materializou no resultado típico; e) se o resultado, na forma como ocorrido, não se incluir no âmbito de alcance do tipo" (op. cit., p. 224). Sobre o assunto, vide, também: André Luís Callegari. "A imputação objetiva no direito penal". *Revista Ajuris*, dez. 1999, vol. 76, p. 87-108.

(29) *Derecho penal*, cit., p. 393-398.

(30) Op. cit., p. 46.

(31) Nesse sentido: Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 214-216.

superada, principalmente porque o assentimento, em lesões suportadas e consentidas em bens jurídicos próprios, não se pode conceber como abrangido pelo âmbito de incidência do tipo penal. Na verdade, o injusto penal não se presta à tutela de bens jurídicos que, gozando da condição de renunciáveis por seu titular (por exemplo, patrimônio, honra, liberdade etc.), tenham sido expressamente renunciados por quem detém a capacidade para tanto. Em outras palavras: não há tipicidade quando o titular do bem jurídico aquiesce na lesão sofrida,[32] até mesmo porque, por exemplo, só se pode falar em injusto penal, num delito de furto, quando o bem subtraído integre o patrimônio jurídico da vítima; se esta abre mão de um determinado bem, ele não faz mais parte de seu patrimônio, não se adequando, com isso, na tutela penal do delito catalogado no art. 155 do CP brasileiro.

Isso não gera dificuldades (a não ser quanto ao deslocamento do *consentimento do ofendido* da ilicitude para a tipicidade), já que a não-condenação do suposto autor de um delito consentido pela vítima é remansosa na doutrina mais moderna. As discrepâncias surgem, contudo, quando a vítima consente não em relação a um dano concreto e evidente, mas sim na submissão consciente a um risco capaz de acarretar um dano não desejado por ela. Aqui, a lesão ao bem jurídico não conta com o assentimento final de seu titular (por exemplo, quando eu percebo que um mendigo está subtraindo laranjas do pomar de minha residência, mas, em virtude de sentimentos de piedade, não me importo com a subtração), mas sim com a previsibilidade objetiva e evitabilidade de que o dano até poderá ocorrer, e com a assunção final do risco a que estará exposto, embora não se admita a sua verificação (é o exemplo do barqueiro antes citado). Note-se que, nessa segunda situação, a vítima não atua orientada finalistacamente à auto-lesão, mas sim, apenas, ao risco enfrentado, e, em decorrência dessa exposição, o resultado sobrevém.

Não são poucas as dificuldades aqui surgidas. Uma solução simplória – e equivocada – poderia determinar a imputação objetiva do resultado, visto que o responsável pela criação do risco (no exemplo, o barqueiro), uma vez possuindo a capacidade de evitar o resultado (ou seja, não aquiescendo à vontade da vítima), deveria responder em razão da inobservância pessoal do dever de cuidado. Assim, sempre que a vítima consentisse apenas no risco, e não também no dano, a imputação objetiva do resultado restaria verificada.

Modernamente, isso não pode ser aceito, principalmente nos casos em que o dano é previsível e evitável para todos os envolvidos na situação de risco. Nessas situações, parte-se de uma diferenciação inicial, qual seja, a verificada entre a

(32) Paradigmático, nesse aspecto: Manuel Costa Andrade. *Consentimento e acordo em direito penal.* Coimbra : Ed. Coimbra, 1991, p. 229-264. Jakobs, nesse caso, parte da distinção de "certeza de lesão" e "perigo de lesão", a fim de situar a exclusão da tipicidade no âmbito do segundo caso (Günther Jakobs. *Derecho penal. Parte general.* Trad. Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid : Marcial Pons, 1997, p. 295.

autocooperação final em relação ao perigo e a aceitação do perigo por um terceiro. Exemplo do primeiro caso é a situação de dois motoristas imputáveis que, participando de um "racha", vêm a se envolver num acidente que resulta a morte de um deles. A cooperação finalisticamente orientada de ambos para a criação do risco não permitido acarreta a ausência de imputação objetiva em relação ao motorista sobrevivente, pelo menos no que se refere ao homicídio doloso e ao homicídio culposo. Caso admita-se, conforme as circunstâncias, que o motorista sobrevivente atuou com dolo eventual em relação ao evento morte, seremos obrigados a entender que o caso trata, no máximo, de uma participação em suicídio (art. 122 do CP brasileiro), visto que a assunção do risco do resultado morte ocorre não só em relação à vida alheia, como, ademais, à própria vida. Por outro lado, considerando-se a situação como de culpa consciente, teríamos a atipicidade da conduta, já que não existe previsão legal para a participação culposa em suicídio.[33]

Já o segundo caso trata de situações em que o risco não é criado pelo suposto autor do delito, mas sim pela própria vítima, que o induz a, conscientemente, também expor-se ao risco. Assim, além do exemplo do barqueiro antes mencionado, pode-se citar o caso do passageiro que, a fim de chegar rapidamente ao destino, determina ao motorista do táxi que empregue velocidade excessiva, caso em que um acidente acaba por gerar o óbito do passageiro. Vem-se afirmando que, nessas situações, a exclusão da imputação do resultado depende do fato de a vítima ter, efetivamente, assumido o risco, mediante o preenchimento de três pressupostos: a) o dano verificado deve ser conseqüência do risco corrido, e não de outros acontecimentos adicionais; b) o sujeito posto em perigo deve ter a mesma responsabilidade pela atuação comum em relação a quem lhe colocou em perigo; e c) o sujeito posto em perigo deve ser consciente do risco na mesma medida em relação ao que lhe colocou em perigo. Assim, por exemplo, há imputação do resultado se o motorista persuade o passageiro, que vacila com bons motivos, ou quando aquele ocultou os riscos que se iriam verificar, ou, ainda, quando o acidente decorreu das precárias condições dos pneus.[34]

Em qualquer caso, um pressuposto fundamental da exclusão da imputação do resultado é a assunção final e recíproca do risco, ou seja, todos os envolvidos na situação perigosa têm consciência da possibilidade do surgimento do dano (previsibilidade objetiva). O fato de, subjetivamente, o resultado ter sido, ou não, assumido por ambos, é assunto pertinente à *imputação subjetiva* do resultado, que só merece apreciação após verificada a imputação objetiva deste. Caso um dos envolvidos não se tenha colocado responsavelmente frente à situação perigosa, a incidência do tipo impõe-se.

(33) Roxin, comentando exemplo semelhante verificado na Alemanha, chega à conclusão da atipicidade da conduta em ambas as situações (op. cit., p. 387). Isso deve-se ao fato de o StGB não prever o delito de participação dolosa em suicídio, em termos semelhantes ao do art. 122 do CP brasileiro.

(34) Nesse sentido: Claus Roxin, op. cit., p. 395.

Tal assunto parece de extrema importância no que se refere à transmissão da Aids. Na verdade, não se deve incidir no equívoco de tratar qualquer caso de transmissão da doença, ainda que de forma voluntária, simplesmente à luz do dolo do agente, e nesse aspecto é que os argumentos exarados na jurisprudência do TJRS e do STJ, citada no início deste estudo, tendem a deslegitimar-se. Veja-se que, nas duas decisões, apegaram-se os Julgadores, apenas, na atuação dolosa do agente (transmissão dolosa da Aids) para fundamentar o delito de tentativa de homicídio, sem qualquer cogitação acerca da *imputação objetiva* do resultado. Na verdade, antes mesmo de apreciarmos o conteúdo da vontade do sujeito ativo (*imputação subjetiva*), devemos analisar não só a relação causal da conduta com o resultado, como, ademais, a *imputação objetiva* deste. Uma rápida leitura das ementas dos dois acórdãos citados leva-nos a incorrer no erro de imaginar que todo aquele que, sabendo de sua condição de soropositivo, mantém relações sexuais com outrem, seria responsabilizado a título de tentativa de homicídio. Isso, contudo, não pode ser aceito, sob pena de retrocedermos a um notório Direito Penal de autor, em que só a maldade subjetiva do agente seria suficiente para a sua responsabilização penal.

Creio que os problemas surgidos com essa "nova modalidade" de delito não podem receber solução tão simplória. Em primeiro lugar, deve-se apreciar se o ato arriscado, que caracterizou a transmissão da doença, foi finalisticamente criado ou aceito por todos os envolvidos. Assim, relações sexuais contraídas, sem a devida proteção, em zonas do meretrício, ou entre parceiros desconhecidos, não podem ter a mesma solução apontada para o caso de relações sexuais supostamente monogâmicas. Além disso, o uso de preservativos (ou seringas descartáveis, já que estas, como vimos, são as duas formas mais comuns de transmissão da Aids), bem como o conhecimento da doença pela portador, podem ensejar solução díspares.

Diante disso, é possível dividirmos a imensa gama de situações em dois grupos fundamentais: a) quando o portador não tem conhecimento da doença; ou b) quando tal conhecimento está presente.[35] Enquanto no primeiro grupo deparamo-nos, no máximo, com delitos negligentes, no segundo, ao contrário, poderemos ter fatos negligentes ou dolosos. Em ambos, contudo, é perfeitamente possível a exclusão da imputação do resultado. Vejamos.

A solução jurídico-penal para os casos em que a transmissão da Aids origina-se da conduta de alguém (relações sexuais, uso de drogas injetáveis etc.) que desconhece a sua condição de soropositivo irá depender do fato de o ato que originou a contaminação dizer respeito a um risco permitido ou não permitido. São freqüentes as situações em que o aidético contrai a doença em situações

(35) Merece destaque que tais parâmetros não dizem respeito à *imputação subjetiva* do resultado, já que o dolo liga, subjetivamente, o autor do delito ao resultado causado, enquanto o conhecimento da doença, por si só, não produz nenhum evento. Em outras palavras: uma coisa é eu saber estar contaminado; outra, eu, sabendo da contaminação, desejar a transmissão da doença.

inesperadas, tais como em intervenções cirúrgicas, doações de sangue ou acidentes de trabalho. Caso venha ele, por exemplo, a manter relações (homo ou hetero) sexuais com outrem, ainda que sem o uso de preservativos, na *confiança* de que, tendo em vista a fidelidade monogâmica entre ambos, o risco de contaminação seria baixo, não parece razoável a imputação objetiva de qualquer resultado em se verificando a contaminação, e isso é correto, frise-se, antes de qualquer apreciação acerca do dolo ou da culpa, já que o injusto, uma vez considerado em sua finalidade protetiva de direitos fundamentais,[36] não acolhe, em seu âmbito de incidência, fatos que apenas sob o aspecto formal guardem alguma relação de tipicidade. O exame da *imputação subjetiva* do resultado pressupõe, antes de mais nada, que o fato praticado situe-se no âmbito de proteção conferido pelo Direito Penal, cujos limites são fornecidos pelos princípios constitucionais penais (princípio da lesividade, princípio da culpabilidade, princípio da legalidade material, princípio da intervenção mínima etc.).

Os problemas começam a surgir quando a doença é inconscientemente transmitida em situações de risco não permitido e assumido reciprocamente pelos envolvidos ou, também, quando um deles aquiesce responsavelmente ao pedido de outrem. Exemplo: "A" (soronegativo) paga determinada quantia em dinheiro para que "B" (soropositivo) preste-se sexualmente às suas vontades, sem o uso de preservativos. Estamos diante, aqui, de um risco permitido (prostituição não é um ilícito) e assumido responsavelmente por "A" e "B", com consciência do perigo em que se vêem envolvidos, gerando, pois, a exclusão da imputação objetiva do resultado (atipicidade do fato). A mesma solução há de ser apontada para a transmissão involuntária do vírus mediante o compartilhamento de seringas, embora, nesse caso, estejamos diante de um "risco não permitido". Após muita polêmica, essa foi a resposta dada pelo Supremo Tribunal Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshoft*) para os casos em que alguém, fornecendo droga a outrem, acarreta a morte deste por overdose: "a autocolocação em perigo, desejada pela própria vontade, não é subsumível nos tipos de lesões ou de homicídio, desde que se realize o risco conscientemente ocorrido com a colocação em perigo. Quem meramente incita, possibilita ou facilita tal perigo recíproco não é punível por um delito de homicídio ou de lesões corporais".[37] Assim, pois, não há *imputação objetiva* do resultado quando a Aids é transmitida por relações sexuais de alto risco, bem como durante o uso de drogas, desde que o risco, em que pese o desconhecimento da doença pelo portador, seja voluntariamente assumido por todos.[38]

Disso não resulta, contudo, que a mera ignorância da qualidade de soropositivo demande a inadequação típica da conduta. Pense-se, por exemplo, no caso de duas pessoas contraírem relações sexuais sem a devida proteção, sendo que a iniciativa parte daquele que, tendo em vista a sua vida sexual desregrada,

(36) Sobre o assunto, vide Juarez Tavares, op. cit., p. 157-174.

(37) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, 1984, p. 536; 1987, p. 406.

(38) Nesse sentido: Claus Roxin, op. cit., p. 396.

não só oculta como, ademais, dissimula tal situação a seu companheiro. Note-se que, aqui, o risco assumido pela vítima não equivale ao risco efetivamente criado, não se podendo falar, pois, em consentimento de perigo. Embora o portador desconheça essa sua qualidade, deverá responder pelo resultado a que deu causa (veremos, no próximo capítulo, que o delito será de lesões corporais culposas).

Outras são as soluções para os casos em que o portador consciente do vírus vêm a transmiti-lo. Resta, desde já, excluída a imputação quando a relação sexual, embora omitida a doença para a vítima, vem a acarretar o contágio devido a uma falha no mecanismo de proteção (rompimento do preservativo, por exemplo), tendo em vista que o portador do vírus *confiava* na eficácia do dispositivo. Esse primeiro exemplo, a bem da verdade, resta solucionado pelos efeitos de uma *concausa concomitante e absolutamente independente*, que, segundo parte da doutrina penal, exclui a imputação do resultado,[39] dada a aplicação do art. 13, § 1.°, do CP, por analogia.

Da mesma forma, também resta excluída a imputação do resultado quando a doença é conhecida não só pelo portador do vírus como, ademais, pela vítima do contágio. Aqui, o risco não permitido (o perigo concreto de contágio de moléstia grave encontra-se capitulado no art. 131 do CP brasileiro), desde que assumido responsável e voluntariamente por todos os envolvidos, não acarreta a adequação típica da conduta, em razão da exclusão da *imputação objetiva* do resultado. Assim, por exemplo, se, durante o uso de cocaína, houver compartilhamento de uma seringa pelos usuários, não haverá adequação típica da conduta se os demais souberem da condição de soropositivo de um deles.[40]

Situação diversa verifica-se quando o portador do vírus omite essa sua condição para as pessoas que praticam atos capazes de produzir o contágio, sem a devida proteção. Note-se que o risco, apesar de ser maior ou menor segundo as circunstâncias do caso (assim, por exemplo, quando são mantidas relações sexuais, sem a devida proteção, entre pessoas desconhecidas ou entre cônjuges cuja fidelidade não é questionada), não é reciprocamente admitido entre os envolvidos na situação perigosa. O mesmo ocorre quando o infectado obriga, moral ou materialmente, a vítima não-infectada a expor-se a arriscada aventura,[41] ou a induz em erro.[42] Verifica-se a imputação objetiva do resultado quando o portador

(39) Nesse sentido: Francesco Antolisei. *Manual de derecho penal. Parte general.* 8. ed. Bogotá : Temis, p. 176; Paulo José da Costa Júnior. *Comentários ao Código Pênal.* 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1989, vol. 1, p. 113. Em sentido contrário: Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal.* 5. ed. São Paulo : RT, 1999, p. 222.

(40) Tal solução não se aplica no caso de o portador relatar a doença aos demais usuários quando estes já se encontrem sob fortes efeitos da droga, já que o consentimento prestado não é puro.

(41) Nesse sentido: Claus Roxin, op. cit., p. 396. Sobre todas essas situações, vide Santiago Mir Puig (Org.). *Problemas jurídicos penales del Sida.* Barcelona : Bosch, 1993.

(42) Sobre o consentimento obtido por erro, vide Claus Jakobs. *Dereho penal*, cit., p. 298-302.

do vírus submete a vítima a um risco de contágio não assumido por ela, seja por não ter ela consciência desse risco, seja pela submissão a ele.

Nessa última categoria é que o caso tratado pela jurisprudência do STJ e do TJRS se insere. Segundo consta nos relatórios dos acórdãos, foi o réu acusado de "tentar matar V.L.R.R., no período de março de 1991 a julho de 1994 (*sic*), pelo fato de com ela manter relacionamento amoroso, praticando a conjunção carnal sem o uso de preservativo, *malgrado ciente, desde julho de 1992, de sua condição de portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids)*, atestada pelos exames realizados no Hospital do Exército, que o levaram a ser licenciado, de forma definitiva, da corporação" (acórdão do TJRS). Tal circunstância retrata, pois, que o risco criado não foi assumido pela vítima, já que o réu manteve, com ela, relações sexuais, omitindo, contudo, a sua condição de soropositivo. Inobstante isso, a imputação objetiva desse resultado (que, como veremos no próximo parágrafo, não poderá ser a título de tentativa de homicídio), no caso concreto, passa a gerar dúvidas no que tange ao relato da defesa, não rebatido e contestado – ao que tudo indica – pela acusação, no sentido de que "o relacionamento sexual iniciou em março/91 e o réu só ficou sabendo que estava infectado em julho/92". Ora, a apuração pericial do tempo que o réu está infectado, bem como a data em que a transmissão verificou-se, são dados fundamentais para a imputação objetiva do resultado. Caso a transmissão já se houvesse realizado antes mesmo de o réu tomar conhecimento da doença (em julho/92), restaria evidente que, na pior das hipóteses, o resultado verificado só poderia ser atribuído ao agente a título de culpa, e não de dolo. E mais: caso não seja possível a exata determinação da época em que o contágio verificou-se, ainda assim não poderia ele ter sido pronunciado por tentativa de homicídio doloso (e pior: qualificado), haja vista a amplitude do princípio do *in dubio pro reo*. A fragilidade das decisões do TJRS e do STJ tem início nessa omissão, que, por si só, já revela o exacerbado apego pelo *animus* reprovável do agente (direito penal de autor), antes mesmo de qualquer apreciação objetiva de sua conduta.[43]

(43) Isso fica ainda mais claro na seguinte passagem do voto do relator: "As especificidades do caso, todavia, fins de mantença da pronúncia, dispensam maiores considerações doutrinárias e jurisprudenciais. É que, pelo relato da vítima, estando já rompido o seu relacionamento amoroso com o acusado, até aí, enfatizo, ignorada a condição dele de soropositivo, viu-se por ele violentada sexualmente. Na ocasião, indiscutivelmente, o réu já sabia da sua doença, pela qual dera baixa do Exército em 1992. Mais, deu conta a vítima de que o réu, como quase sempre ocorrera nos relacionamentos sexuais pretéritos, não usou preservativos". Ou seja: em 1992, quando fora a vítima violentada pelo réu, já sabia ele da sua condição de aidético. E antes disso? Ela não manteve relações sexuais com o réu? Houve prática de atos capazes de produzir o contágio, com assunção recíproca dos riscos a partir do não uso dos preservativos? E mais: note-se que o voto, para amparar a imputação objetiva do delito de tentativa de homicídio, baseia-se exclusivamente no suposto *animus necandi* do réu: "Ora, ante esse relato, cuja veracidade, outrossim, há de ser avaliada apenas pelo Tribunal do Júri – a dúvida, aqui, se resolve em favor da sociedade (*sic*) –, a imputação de tentativa de homicídio

Por fim, uma última observação, relevante não só para as decisões em comento, como, ademais, para os outros exemplos aqui mencionados: os casos em que, até o momento, foram considerados como passíveis de imputação objetiva do resultado ao responsável pelo contágio, só em parte foram solucionados. Com efeito, as situações relatadas, em que o portador do vírus deve responder pela transmissão da doença, não foram integralmente respondidas, na medida em que não apreciamos, até o momento, a forma do resultado típico que será imputado ao autor. Qual o injusto objetivamente realizado? Que tipo penal incide nas situações em que, até o momento, o resultado é imputado ao agente? Nos próximos parágrafos veremos a resposta a essas indagações.

3.2 A dominabilidade do acontecer causal

Outro subprincípio oriundo da *teoria da imputação objetiva* é a exigência de que o criador da situação de risco tenha capacidade de domínio do processo causal. Assim, para a imputação objetiva (em fatos dolosos e negligentes) é decisivo: a) se o atuante causou, no mínimo, um resultado típico através de seu fazer ou omitir-se (determinação do nexo causal); b) se o resultado era objetivamente previsível e evitável; e c) se, com base em um corrente causal adequada ao tipo, se realizou no resultado danoso exatamente aquele perigo, que fora criado através da ação lesiva ou de um excesso do risco permitido por parte do autor.[44] Por essa razão é que, no clássico exemplo prelecionado por Welzel, o sobrinho não responde pela morte de seu tio, atingido por um raio, com o ato de instigá-lo a fazer um passeio a um bosque na esperança de que tal evento se verificasse. Como bem destaca Juarez Tavares, "embora a conduta do sobrinho, no plano da causalidade psíquica, tenha sido causal para o resultado, este não lhe deve ser imputado, por-

não é algo que não encontre apoio em elementos do processo. Esse episódio último, apartado do relacionamento antes havido, torna palpável até o *animus necandi*, cuja ausência é sustentada pela defesa. *Animus*, outrossim, que mesmo o prolongar do relacionamento sexual, omitida qualquer cautela e a simples notícia da doença contagiosa, não permitiria, de outra forma, afastar neste comenos". Ora, não parece tecnicamente correta a decisão que, para fundamentar uma tentativa de homicídio, baseia-se exclusivamente no *animus necandi* do agente. Tal idiossincrasia, por certo, autorizaria, inclusive a pronúncia de alguém que, imaginando equivocadamente ser portador do vírus, mantém inúmeras relações sexuais com a intenção de transmiti-lo. Isso agrava-se ainda mais na decisão do STJ: o digno relator, para refutar a tese defensiva, consignou que, "quanto à segunda pretensão: desclassificação para o crime do art. 131 do CP, a conseqüente exclusão da tipicidade do crime de homicídio deve ser rejeitada, pois evidente o dolo de matar (*sic*)". Por óbvio, não é o dolo o responsável pela diferença entre os delitos capitulados nos arts. 121 c/c o art. 14, II, e 131 do CP, mas sim o resultado produzido: no primeiro, um ato executório capaz de gerar a morte; no segundo, um ato que desencadeia um perigo concreto, letal ou não. A partir da distinção entre estes dois eventos é que, aí sim, pode-se apreciar o elemento subjetivo do agente.

(44) Cf. Johannes Wessels, op. cit., p. 46.

que estava absolutamente fora de seu domínio".[45] Em outras palavras: a conduta do autor deve possuir a potencialidade de controlar o liame causal objetivo com o resultado tipicamente previsto, devendo ser isso aferido a partir da previsibilidade e da evitabilidade objetivas (o local onde os raios de uma tempestade "caem" não são previsíveis e controláveis, segundo uma noção de causalidade adequada).

Tais enunciados são de suma importância para os casos de transmissão da Aids. Vimos, no início de nosso estudo (n. 2, *supra*), que as modernas terapias antivirais tendem a tornar a doença, desde que corretamente efetuado o tratamento, numa enfermidade crônica, cujas condições de vida podem ser razoavelmente mantidas à custa do uso do "coquetel" de medicamentos (nunca é demais repetir as conclusões do Ministério da Saúde, antes mencionadas: "uma redução de, pelo menos, 1 log na carga viral plasmática é esperada após 4 semanas do início da terapia anti-retroviral; e de, pelo menos, 2 log, por volta da 12.ª –16.ª semana. Após 6 meses de terapia anti-retroviral, espera-se que a carga viral esteja indetectável"). A imputação objetiva, nos delitos de transmissão de Aids, depende do resultado cujo processo causal seja controlável pela vontade do agente. Nesse sentido, parece bastante óbvio que tal controle verifica-se somente na transmissão da doença, e não também em relação ao futuro evento morte, já que, como é sabido tecnicamente, este até pode não se verificar, caso o tratamento seja corretamente realizado. Somente poderá alguém responder por um delito quando o resultado típico seja causalmente controlável por ele, segundo parâmetros de previsibilidade e evitabilidade objetivas (*in casu*, proporcionadas pela medicina moderna). Assim, embora esse alguém tenha, efetivamente, pretensão letal com sua conduta, não poderá a ele ser imputado o evento morte (tentado ou consumado) se o curso causal da execução de seu intento não dependa, em nenhum circunstância, de sua atuação efetiva.

É claro que, para tanto, deverá o Julgador extrapolar os limites da ciência jurídica, visto que a previsibilidade objetiva do evento morte, nessas situações, depende de um mínimo de conhecimentos técnicos de medicina acerca da prevenção, etiologia, prognose, tratamento e outros aspectos de suma relevância que dizem respeito à atual situação da Aids no mundo, e por esse motivo é que o segundo capítulo de nosso estudo mostra-se relevante.

Antes de atribuir a alguém um evento morte (tentado ou consumado), é necessário apreciar se a conduta do imputado é capaz de, por si só, ocasionar seguramente o resultado (dar um tiro na cabeça de outrem é um comportamento que, segundo uma previsibilidade objetiva, possui a potencialidade de causar a morte da vítima, o mesmo não se podendo afirmar em relação à transmissão da Aids). Isso resta ainda mais claro diante do esforço narratório laborado na denúncia – que embasou o acórdão aqui comentado – para fundamentar o delito de tentativa de homicídio: o réu foi acusado de "*tentar matar V.L.R.R., no período de março de 1991 a julho de 1994*, pelo fato de com ela manter relacionamento amoroso, prati-

(45) Op. cit., p. 226.

cando a conjunção carnal sem o uso de preservativo, malgrado ciente, desde julho de 1992, de sua condição de portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids), atestada pelos exames realizados no Hospital do Exército, que o levaram a ser licenciado, de forma definitiva, da corporação". A menos que se pretenda transmudar o delito de homicídio em permanente,[46] creio que a narração acusatória, por mim destacada, fala por si só: como é que alguém pode tentar matar outrem, com atos capazes para tanto, de março de 1991 a julho de 1994? Portanto, em pleno Estado Democrático de Direito (cujo Direito Penal encontra-se fundamentado a partir de *fatos*, e não de *personalidades*), um resultado incerto não se pode atribuir a alguém pelo simples fato de o agente desejá-lo.

Diante disso tudo, indaga-se: qual a solução, então, para os casos em que a imputação objetiva do resultado se impõe? Se o delito de homicídio (tentado ou consumado, doloso ou culposo) jamais poderá ser imputado objetivamente àquele que transmite (conscientemente ou não) a Aids, por qual crime, então, poderá ele responder?

No caso de o risco assumido pela vítima não equivaler ao risco efetivamente criado pelo portador do vírus que desconhece a doença, a única solução plausível, *de lege lata*, é o delito de lesões corporais culposas. No exemplo antes citado das duas pessoas que contraem relações sexuais sem a devida proteção, sendo que a iniciativa parte daquele que, sem saber estar infectado, mas com vida sexual desregrada, não só oculta como, ademais, dissimula tal situação a seu companheiro, a imputação verificada é do delito previsto no art. 129, § 6.°, do CP. Uma única pergunta corrobora tal afirmação: o que ocorreria se, nesse caso, a doença não fosse transmitida, apesar da qualidade de soropositivo do suposto autor? Se se desejar trabalhar com a imputação do evento morte, seríamos obrigados a admitir uma tentativa de homicídio culposo. Ora, se a qualidade de portador da Aids, mais do que nunca, nem sempre acarreta objetivamente o óbito, seremos obrigados a vislumbrar que a doença equivale a um resultado de lesões corporais, e não de tentativa de homicídio.

Situação diversa ocorre quando o portador do vírus omite conscientemente essa sua condição para as pessoas que praticam, com ele, atos capazes de produzir o contágio, sem a devida proteção, ou quando o infectado obriga, moral ou materialmente, a vítima não-infectada a expor-se a arriscada aventura, ou a induz em erro. Aqui, tendo em vista a atuação finalisticamente orientada à transmissão da doença (o autor tem conhecimento da sua qualidade de soropositivo), deve haver imputação do delito de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, na forma do art. 129, § 2.°, II, do CP brasileiro. Essa deveria ter sido não só a capitulação legal da denúncia oferecida no caso jurisprudencial em comento, como, ademais, a substância dos acórdãos exarados pelo TJRS e do STJ: por certo, não há princípio de *in dubio pro societate* que possa desvirtuar tal conclusão.

(46) Que não se confunde com situações de progressão criminosa, essas sim possíveis no delito de homicídio.

Por fim, um último reparo: o delito previsto no art. 130 do CP não possui aplicação nos casos de transmissão de Aids pelo simples fato que de tal enfermidade não é classificada como uma Doença Sexualmente Transmissível (DST). Da mesma forma, não se há de falar em aplicação do art. 131 nos casos em que o agente, sabendo ser soropositivo, pratique ato tendente à contaminação, sendo que essa não se verifica. Poder-se-ia argumentar que tal delito incidiria, já que, nessas situações, houve apenas um perigo concreto de lesão, ou seja, o art. 131 seria um "soldado de reserva" para os casos em que o sujeito ativo não logrou êxito em seu intento, ou quando ele apenas desejava causar um perigo (dolo de perigo) e não um dano efetivo (dolo de dano). Tal solução, na verdade, é um resquício da concepção causal-naturalista de ação (sistema Liszt-Beling-Radbruch), já que a adequação típica da conduta estaria a depender, exclusivamente, da produção de um resultado, e não da finalidade do agente: se houve o contágio: lesão corporal qualificada (art. 129, § 2.°, II); se não houve, perigo de contágio de moléstia grave (art. 131).[47]

A teoria finalista da ação, em que pese estar há muito superada, introduziu um dado que, atualmente, é incontestável:[48] a adequação típica da conduta depende, além da imputação objetiva do resultado, também de sua imputação subjetiva, mas não porque o dolo seria um dado ontologicamente considerado, como preconizava Welzel,[49] mas sim por questões jurídico-penais. Nesse contexto é que, se o agente, querendo transmitir a Aids, não atingir o seu intento, responderá por tentativa de lesões corporais qualificadas (art. 129, § 2.°, II, c/c o art. 14, II), e não pelo delito descrito no art. 131. Nem se afirme, contra essa solução, que o "dolo de dano" não se confundiria, *in casu*, com o "dolo de perigo". Corro o risco de ser traído pela casuística social, mas, apesar disso, não consigo vislumbrar alguém que, consciente da doença, e praticando um ato capaz de produzir o contágio de Aids, não vá se comportar, no mínimo, com dolo eventual em relação à lesão corporal, respondendo, pois, pelo delito tentado. Essa questão, a bem da verdade, trata de análise da *imputação subjetiva* do resultado, que, pelos limites estabelecidos no presente estudo, não nos permite maiores indagações.

Concluindo: a transmissão da Aids, nos atuais moldes de nossa legislação penal, pode percorrer um caminho que vai desde a atipicidade da conduta, passando pela lesão corporal culposa, tentativa de lesão corporal qualificada e, no máximo, lesão corporal qualificada. Jamais,[50] contudo, homicídio culposo ou doloso. Oxalá as interpretações jurisprudenciais, doravante, atentem para esse detalhe.

(47) Isso fica ainda mais claro a partir da análise do disposto no art. 130, § 1.°: qual a diferença entre esse delito e a tentativa de lesão corporal?

(48) Nesse sentido, vide Günther Jakobs, op. cit., p. 162-167; Claus Roxin. "Contribuição crítica para a teoria finalista da ação". *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa : Vega, p. 91-143.

(49) Hans Welzel, op. cit., p. 39-49.

(50) Salvo se o contágio da doença, mesmo com os medicamentos atuais, passar a acarretar a morte instantânea dos portadores.

Bibliografia

ALEMANHA. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, 1984; 1987.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal. Parte general.* 8. ed. Bogotá : Temis, 1988.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne.* Frankfurt, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal.* 5. ed. São Paulo : RT, 1999.

BRASIL. Ministério da Sáude. <http://www.aids.gov.br>.

———. ———. "Aids: etiologia, clínica, diagnóstico e tratamento". <http://www.aids.gov.br/assistencia/etiologia_diagnostico.htm>.

———. ———. "Recomendações para terapia anti-retroviral em adultos e adolescentes infectados pelo HIV" – 1999. <http://www.aids.gov.br/assistencia/antiretroviral/consenso99_jul99.htm>.

CALLEGARI, André Luís. "A imputação objetiva no direito penal". *Revista Ajuris* 76/87-108, dez. 1999.

COMTE, Augusto. "Curso de filosofia positiva". Trad. José Arthur Giannotti. 2. ed. São Paulo : Abril Cultural, 1983 (Os Pensadores).

COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e acordo em direito penal.* Coimbra : Ed. Coimbra, 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal.* 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1989. vol. 1.

DHALIA, Carmen et al. "A Aids no Brasil: situação atual e tendências". <http://www.aids.gov.br/udtv/boletim_dez99_jun00/aids_brasil.htm>.

FOLHA de S. Paulo. África do Sul retoma campanha de combate à Aids. *Folha on line* <www.folha.com.br>. Acesso em 23.10.2000, 14h34.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad.* Trad. Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.

———. "Perspectivas de uma política criminal moderna". *Três temas de direito penal.* Porto Alegre : Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hérman. *Bien juridico y Estado social y democratico de derecho.* Barcelona : PPU, 1991.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general.* Trad. Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid : Marcial Pons, 1997.

———. *La imputación objetiva en el derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires : Adhoc, 1996.

MIR PUIG, Santiago (Org.). *Problemas jurídicos penales del Sida.* Barcelona : Bosch, 1993.

ROXIN, Claus. "Contribuição crítica para a teoria finalista da ação". *Problemas fundamentais de direito penal.* 3. ed. Lisboa : Veja.

———. *Derecho penal. Parte general.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid : Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid : Civitas, 1999.

——— (Org.). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona : Bosch, 1997.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Trad. Luis Jimenez de Asúa. 4. ed. Madrid : Reus, 1999. t. II.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Busto Ramírez y Sergio Yánez Pérez. 4. ed. Santiago : Juridica de Chile, 1997.

WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre : Fabris, 1976.

5. CRIMINOLOGIA

5.2

VITIMOLOGIA E DIREITOS HUMANOS*

EDUARDO MAYR

Resumo: O texto tece considerações acerca da relação existente entre vitimolgia e Direitos Humanos; analisa o objeto da vitimologia modernamente e as classificações vitimológicas.

Palavras-chave: Vitimologia – Direitos humanos – Vítima – Criminologia.

O objeto deste estudo é a apresentação de algumas considerações sobre esse moderno e interessante campo de estudos que é a vitimologia, o estudo sistematizado e científico da vítima, personagem que sempre existiu, mas que só recentemente ganhou foros de "cidadania" jurídica, diante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, cujo cinqüentenário foi recentemente comemorado.

Vitimologia e direitos humanos formam como que uma simbiose perfeita, eis que o objeto de estudos de ambos se entrelaça, colimando o encontro da felicidade maior do homem, que é uma vida livre, plena e sem constrangimentos.

Tem-se aceito usualmente que a palavra vítima deriva do latim *vincere*, o vencido, ou *vincire*, animais sacrificados aos deuses. O povo romano usava as expressões *victimia* e *virtus* no sentido de dominado, abatido, ferido. Em seu excelente livro *Victimité et civilization*, V. V. Stanciu afirmou:

"A vítima é, em um sentido amplo, o ser que sofre injustamente. O termo é de origem latina: vítima significa a criatura oferecida em sacrifício aos deuses. Os dois traços característicos da vítima são, portanto, o sofrimento e a injustiça, injusto mas não necessariamente ilegal."

Embora os autores da língua latina e anglo-saxônica aceitam tal expressão – e fala-se em vitimologia, vitimização, periculosidade vitimal, fatores vitimizantes etc. –, não faltam entre os autores germânicos aqueles que preferem uma designação ligada ao étimo próprio – "Opfer" – e fala-se em "Opferkunde", na Holanda, "Schachtopferkunde". A tendência, porém, é para o triunfo da expressão de raiz latina, expressão cuja paternidade Beniamin Mendelsohn chama a si, embora

(*) Texto apresentado no VII Seminário Internacional do IBCCrim, realizado em outubro de 2001 em São Paulo.

ilustre psiquiatra americano, F. Wertham, em livro publicado em 1949 sob o título *The show of violence*, o tenha precedido.

No campo jurídico, vítima seria, portanto, o vencido, e não necessariamente no aspecto penal como sujeito passivo de uma infração. Em boa técnica, haveria que se falar entre nós de vítima, nos crimes contra a pessoa; lesado, nos crimes contra o patrimônio; e ofendido, nos crimes contra a honra e os costumes.

Porquanto se encontrem em estudos mais antigos e na literatura referências quase sempre esparsas quanto à pessoa da vítima, era ela elemento quase totalmente esquecido na etiologia do crime e das relações sociais. Hans Gros, em 1901, destacava a credulidade da vítima de fraude; Sutherland, em 1937, dissertou sobre as vítimas da *escroquerie*; Franz Werfel, em 1920, colocou em relevo um trágico conflito entre pai e filho, em que a vítima do homicídio tornou-se responsável pela própria morte; Roesner, em 1936 e 1938, publicou dois trabalhos sobre o relacionamento dos homicidas com suas vítimas; George Romanos, em 1941, ocupou-se em particular das vítimas de atentados ao pudor. Mas foi só em 1940, como os estudos de Hans von Hentig – *The criminal and his victim* – que essa personagem, que sempre existiu, embora não fosse vista claramente, saiu da obscuridade.

Afirma-se que o pai da doutrina vitimológica é Beniamin Mendelsohn, distinto advogado em Jerusalém, que em 1947 fez uma abordagem sobre o tema numa conferência no Hospital do Estado em Bucareste – "Um horizonte novo na Ciência Biopsicosocial – A vitimologia" – citando os trabalhos de Von Hentig, e também de Henry Ellemberger, que contribuiu com uma interessante classificação de vítimas em seu *Relações psicológicas entre o criminoso e sua vítima.*

O marco inicial da vitimologia se encontra no 1.º Simpósio Internacional de Vitimologia, realizado de 02 a 06.09.1973 em Jerusalém, sob a presidência do Prof. Israel Drapkin. Nesse simpósio procurou-se criar um arcabouço científico para essa novel ciência. Procurou-se responder à indagação sobre o que seria tal ciência, reconhecendo-se que indivíduos, grupos, organizações e sociedades podiam ser vitimizados, considerando-se não apenas a iteração bidimensional, de pessoa a pessoa: criou-se o conceito de vitimização oculta, examinando-se as causas da vitimização, sua prevenção, tratamento e pesquisa, e a necessidade de se criarem mecanismos adequados de proteção e de indenização.

Hoje, pode-se afirmar que a vitimologia tem por objeto de estudo a vítima *lato sensu*, no que se refere à sua personalidade, quer do ponto de vista biológico, psicológico e social, quer de sua proteção social e jurídica, bem como os meios de vitimização, sua inter-relação com vitimizadores e aspectos interdisciplinares comparativos. Distingue-se hoje entre uma vitimologia em sentido estrito – ciência da vítima de um crime – e em sentido amplo – ciência da vítima, *tout court*. Tratar-se-ia de uma ciência interdisciplinar, de caráter psicológico, psiquiátrico, sociológico e jurídico, dirigida ao estudo das vítimas de crimes, de acidentes de diversas naturezas – até mesmo nucleares, do trabalho e de trânsito, bem como das vítimas da sociedades, dos seus grupos e representantes – como as minorias sexuais, doentes terminais, velhos e crianças etc.

Segundo Z. P. Separovic, a vitimologia teria como campo privilegiado o problema da vida humana em segurança – *safe human living* – ou, inversamente, o problema do risco humano – *human risk problem*.

Assim, a inter-relação do criminoso e sua vítima, a *couple pénale*, *victim precipitated*, *pareja penal*, ou *dupla penal*, seria limitada, embora no início se tenha procurado restringir a vitimologia a tal correlação.

Hoje, em que somos vítimas, de uma forma ou de outra, efetiva ou potencialmente, pelo estilo de vida que levamos, com o convívio quotidiano com a violência, a nos conduzir a uma situação de intranqüilidade, dificuldade e insegurança no viver, é interessante a aceitação da vitimologia como um equacionamento de nossa qualidade de vida. Isso só é alcançável pela compreensão e pela prevenção. Há a violência dissimulada na obrigação de sempre cumprir ordens sem questioná-las, impostas que sejam por quaisquer formas; há a violência legal, imposta através de textos para beneficiar os detentores do poder e incidindo sobre os destinatários da norma; há a violência nos condicionamentos; há uma violência sem limites, uma violência racionalizada, aceita no conformismo com a injustiça.

Atualmente, já existem bem estruturadas classificações vitimológicas, levando-se em conta a maior ou menor participação da vítima no evento vitimizador. Admite-se desde a vítima ideal, ou inteiramente inocente; vítima mais culpável; e vítima unicamente culpável. Estudiosos da matéria destacam as vítimas natas, as vítimas potenciais, as vítimas inocentes ou reais, as vítimas provocadoras, as imaginárias, as indiscriminadas e as voluntárias. Pode-se classificá-las levando-se em conta o indivíduo, dividindo-se-as em quatro grupos: individuais, familiares, coletivas e da sociedade ou do sistema social. No primeiro grupo estariam as vítimas por sua própria conduta, com atitude vitimizante culposa – ou provocadora; e com atitude vitimizante dolosa. No segundo grupo encontrar-se-iam os menores espancados e explorados economicamente, as mulheres maltratadas; e os crimes de natureza conjugal. No terceiro grupo, a comunidade como Nação – traição, rebelião, diversas formas de conspiração para a destituição de governos; a comunidade social – terrorismo, genocídio, etnocídio, *white collar crimes*, como fraudes bancárias e financeiras, crimes ecológicos, falsificações de medicamentos, alimentos, tráfico de drogas, compra fraudulenta de armas, abuso de poder econômico, evasão fraudulenta de capital; e de determinados grupos através do sistema penal. No quarto grupo, abandono de menores, enfermos, inválidos, doentes mentais, anciãos, marginalizados, minorias étnicas, raciais ou religiosas, homossexuais, casos de acidentes de trabalho etc.

Hodiernamente são objeto de estudo a eleição de vítimas, como, segundo a Bíblia, entre Cristo e Barrabás, os casos de magnicídio, atingindo César, Lincoln, Gandhi, os Kennedys, Luther King, Salvador Allende, Garcia Lorca, John Lennon, o atentado ao Papa João Paulo II etc. O assim chamado homicídio justiceiro – esquadrão da morte, motivação do cangaceirismo no Nordeste, multidão delinqüente, linchamentos, comportamentos nos estádios e cinemas, vítimas de crimes contra a Humanidade etc.

O que está ocorrendo atualmente em nosso País no campo social – e por que não acrescentar, também no campo econômico-financeiro – não é certamente indiferente ao vitimólogo.

Stanciu traz interessante classificação de fatores determinantes de uma tipologia da vítima: vítimas de nascimento, vítimas dos pais, vítimas de civilização, vítimas do Estado, vítimas da técnica, vítimas das leis, vítimas da Justiça, vítimas do genocídio, vítimas do terrorismo, vítimas da massa, vítimas da sociedade, e vítimas de si mesmas.

Até mesmo como um alerta destaca-se o comportamento da sociedade, que procura responsabilizar a vítima pelo mal que sofreu, aumentando ainda mais o seu traumatismo psicológico. O Prof. Martin Symonos, da Escola de Medicina da Universidade de Nova Iorque, fez um estudo das atitudes estranhamente negativas da sociedade para com as vítimas. "Você tem sorte de ainda estar viva", "porque você estava andando sozinha naquele local?", "não sabe que não se pode sair à noite deste jeito?", "porque não gritou?", e questionamentos que tais. Muitas vezes as vítimas são mais maltratadas por policiais, com seu descaso, indiferença e desrespeito, do que pelo próprio vitimizador. A vítima é interrogada como se fosse culpada de um ilícito, sem qualquer contemplação, impondo-se-lhe uma agonia psíquica intolerável.

Temos hoje duas bem estruturadas entidades mundiais que congregam os estudiosos dessa nova ciência biopsicossocial: a Sociedade Mundial de Vitimologia, e a Sociedade Internacional de Vitimologia. Ambas têm realizado eventos e simpósios internacionais, inclusive o 7.° Simpósio Internacional de Vitimologia, no Rio de Janeiro, em agosto de 1991. No Brasil, primeiro País a instituir uma sociedade nacional para congregar pessoas e organizações ligadas à investigação, assistência, atenção e estudo da vítima, temos a Sociedade Brasileira de Vitimologia, fundada sob inspiração do Prof. Heber Soares Vargas, de saudosa memória, em Londrina, Paraná, onde se realizou o 1.° Congresso Brasileiro de Vitimologia. Através da Portaria 3, de 04.02.1998, foi esta sociedade declarada entidade consultiva do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, tendo realizado já seminário comemorativo pela passagem do Cinqüentenário da Declaração dos Direitos Humanos. O 4.° Congresso Brasileiro de Vitimologia realizou-se de 12 a 15.05.1999, em Florianópolis, tendo como tema central "Prática e Estudos sobre Atendimento às Vítimas de Crime", atingindo as áreas temáticas "violência urbana e rural", "vitimização do meio ambiente", "vitimidiação", "violência doméstica", "vitimização das minorias", "vítimas do desemprego", "vitimização de idoso e menores, mulheres, indígenas e outros", "violência e crimes de trânsito", "vitimização no processo educacional", "bioética e vitimologia" e "vítimas da globalização".

A bibliografia sobre vitimologia também já se encontra bastante enriquecida, e o primeiro livro específico sobre a vítima foi escrito pelo Prof. Edgar de Moura Bittencourt nos idos de 1950. Entre as obras mais recentes e de caráter didático, podemos destacar o livro *Vitimologia – Evolução no tempo e no espaço*, do Prof. Heitor Piedade Júnior, assim como *O papel da vítima no processo criminal*, do

Prof. Antonio Scarance Fernandes; *A vítima e o direito penal*, da Presidente desta Mesa, Profa. Ana Sofia Schmidt de Oliveira, e a segunda edição do excelente livro *Vitimologia e direito penal – O crime precipitado pela vítima*, do Prof. Edmundo de Oliveira. Destaque-se que a Lei 9.099/95 dá à pessoa da vítima uma importância primordial em institutos como o da transação ou da suspensão condicional do processo, enquanto o art. 59 do CP determina que compete ao Juiz, ao fixar a pena, levar em conta o comportamento da vítima.

A vitimologia, hoje, atrai atenção dos psicólogos, psiquiatras, sociólogos e juristas por seu aspecto multidisciplinar, que tem como ponto central o Homem, em sua magnitude – o Homem que trabalha, que serve, que chora, que tenta, que consegue, que ganha, que perde, que reage, que cai, que levanta, que busca e que caminha, almejando uma vida mais rica, sem agruras e sem sofrimento.

6. POLÍCIA E DIREITO

6.1

SÃO ILEGAIS OS "PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS" REALIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

JOSÉ CARLOS FRAGOSO

SUMÁRIO: Introdução – O tratamento constitucional da matéria – Funções institucionais do Ministério Público – Atribuições do Ministério Público Federal, em matéria penal, na LC 75/93 – Doutrina – Jurisprudência – Conclusão.

Resumo: Violam a Constituição Federal e o Estatuto do Ministério Público da União os procedimentos do Ministério Público Federal, que consistem na instauração de uma investigação administrativa, no âmbito da própria Procuradoria da República, para a apuração de eventuais delitos. Análise das atribuições do Ministério Público em matéria penal. Ministério Público não é Polícia Judiciária. A parcialidade do investigador. A falta de controle legal sobre essa atividade investigatória: indeterminação de formalidades e prazos. A ilegalidade das requisições diretas de diligências pelo Ministério Público Federal. A doutrina e a jurisprudência.

Palavras-chave: Processo penal – Procedimentos investigatórios criminais – Funções institucionais do Ministério Público Federal – Polícia judiciária – Devido processo legal.

É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, especial posição na estrutura do Poder estatal. Todavia, lhe é estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função de instaurar e comandar investigações, como se fosse Polícia Judiciária.

O ordenamento jurídico processual brasileiro está fincado na concepção de que as investigações preliminares, que constituem a fase preparatória da *persecutio criminis*, devem ser realizadas pelas autoridades policiais, ainda que sob o controle do Ministério Público.

Essa concepção tem em conta a necessidade de garantir a eqüitatividade do processo penal, em cujo curso se deve assegurar às partes a igualdade de armas. Assim, entre nós, nos crimes de competência da Justiça Federal, a Polícia Federal é o órgão encarregado de presidir as investigações, que serão, a seguir, encaminhadas ao Ministério Público Federal, que é o titular do direito de ação penal pública.

Se esses papéis não forem respeitados, como tem sucedido com preocupante freqüência, tem-se clara violação do preceito constitucional referente ao devido processo legal, assim estatuído: "Art. 5.° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O grave inconveniente que se cria com esse desrespeito às funções de cada instituição (Polícia, Ministério Público, Magistratura) reside na *parcialidade* que se estabelece. Se o Procurador da República se traveste de policial, pode ele adotar, desde logo, no início das investigações, um determinado ponto de vista, que tenderá a manter ao longo de todo o procedimento, tornando-se indiferente a qualquer outra alternativa probatória.

A respeito dessa saudável separação de funções leciona o saudoso Antonio Evaristo de Moraes Filho: "O legislador brasileiro optou por aquele [sistema] que estabelece uma diferenciação de funções, incumbindo à polícia a realização do inquérito, ainda que admitida certa vigilância por parte do Ministério Público. Enquanto para este último ficou atribuída a função de promover a ação pública, em regra com assento nos elementos coligidos pela Polícia Judiciária" ("O Ministério Público e o inquérito policial", *RBCCrim* 19/106).

A *persecutio criminis* se perfaz, via de regra, com a união dos trabalhos realizados por dois agentes distintos: Polícia e Ministério Público, cada qual com suas funções próprias. Como é evidente, a prescindibilidade do inquérito policial aponta para hipóteses de coleta de elementos prévios de informação advindos de Comissão Parlamentar de Inquérito, inquérito administrativo, peças extraídas de processos judiciais etc., mas nunca para a possibilidade de instaurar-se um inquérito no âmbito do próprio Ministério Público.

À parte a análise doutrinária da matéria, o nosso ordenamento constitucional e infraconstitucional veda completamente que o Ministério Público exerça as funções de Polícia Judiciária.

Nos termos da Constituição Federal, a Polícia Judiciária da União é exercida, *com exclusividade*, pela Polícia Federal. É o que estabelece o art. 144, em seu § 1.°: "*Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – Polícia Federal*; (...) § 1.° A Polícia Federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a: I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; (...) *IV – exercer*, com exclusividade, *as funções de Polícia Judiciária da União*" (grifo nosso).

De outro lado, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, a Constituição Federal preceitua, em perfeita harmonia com a "exclusividade" conferida à Polícia Federal para as investigações, que: "Art. 129. *São funções institucionais do Ministério Público*: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; *III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*; IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; *VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais*" (grifos nossos).

Ou seja: o Ministério Público pode promover a ação penal pública, o inquérito civil público, a ação civil pública e a ação de inconstitucionalidade, assim como representar para fins de intervenção da União e dos Estados (incisos I, III e IV).

Já nos "procedimentos administrativos de sua competência", pode também o Ministério Público "expedir notificações, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva" (inc. VI) – o que diz respeito aos feitos mencionados no parágrafo anterior (incisos I, III e IV do art. 129, CF).

Em *matéria penal*, todavia, a Constituição Federal determina tão-somente que o *Parquet* pode "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial" (cf. inc. VIII).

É nítida, portanto, a diferença de tratamento constitucional às atividades de caráter cível, de um lado, e criminal, de outro, do Ministério Público.

Também a legislação infraconstitucional segue, obviamente, o padrão ditado pela Carta Magna, seja quanto à atuação dos Ministérios Públicos Estaduais, seja quanto à do Ministério Público Federal.

Como já foi destacado acima, nos termos do art. 129, VI, da atual Constituição, dentre as funções institucionais do Ministério Público, se inclui "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva".

Como já ressaltado antes, esse inc. VI do art. 129 da CF refere-se aos feitos previstos nos incisos I, III e IV do mesmo artigo, onde estão elencados os "procedimentos administrativos" de competência do Ministério Público. Todavia, ainda

que, por absurdo de interpretação, assim não fosse, a Constituição, ao contrário do que se poderia apressadamente imaginar, não deu um cheque em branco ao Ministério Público, mas sim previu a possibilidade de o Ministério Público fazer requisições diretas de diligências, *na forma de lei complementar.* Tal lei, no que tange ao Ministério Público Federal, é a LC 75, de 20.05.1993. Vamos examiná-la.

Segundo essa Lei, as atribuições do Ministério Público Federal são análogas àquelas dos Ministérios Públicos dos Estados, como se vê estabelecido no art. 7.° da LC 75: "Art. 7.° Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: I – instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; II – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas; III – requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas".

Ou seja: a matéria penal está tratada no inc. II deste art. 7.° da Lei, no qual se dá ao Ministério Público Federal o poder de requisitar: a) diligências investigatórias; b) a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas.

A questão está em saber se o poder de requisitar diligências investigatórias significa poder fazer uma espécie de inquérito criminal no âmbito do próprio Ministério Público, ou se se trata do direito de ordenar à autoridade policial que cumpra as diligências de interesse do *Parquet.*

Ninguém duvida de que o Ministério Público possa requisitar à autoridade policial o cumprimento de diligências. O STJ já o afirmou, mais de uma vez. É natural que assim seja, já que o Ministério Público é o destinatário da apuração, cabendo-lhe formular a *opinio delicti.* Assim, pode o Ministério Público requisitar a instauração de inquérito policial, pode requisitar a realização desta ou daquela prova, pode acompanhar a atividade do presidente do inquérito.

Contudo, coisa bem diversa é dar-se ao Ministério Público o direito de ele próprio presidir uma investigação no âmbito da Procuradoria, exercendo atividades de Polícia Judiciária, *sem qualquer controle externo, e violando nitidamente a exclusividade que a Carta Política confere à Polícia Federal nesta matéria* (cf. art. 144, § 1.°, IV, transcrito acima).

A Constituição Federal e a lei complementar não conferiram jamais ao Ministério Público um poder tão amplo, tão incontrastável assim. Ser o destinatário das investigações, advenham elas de CPI, inquérito policial ou peças de informação, com as atribuições que daí decorrem, é razoável e natural, e constitui a base lógica de nossa processualística penal.

Não é possível, porém, permitir que o Ministério Público possa acumular as funções de investigador (que a ninguém presta contas), e de instituição encarregada de promover a persecução criminal. Trata-se de um acúmulo perigoso de atribuições, que, sobre ser ilegal e inconstitucional, é absolutamente inconveniente, pois dá lugar, pelo excesso de poder, a abusos intoleráveis.

Como leciona Luigi Ferrajoli, fica ofendido o princípio da paridade das partes quando, como aqui, ocorrem "confusiones entre funciones de enjuiciamiento y funciones de acusación" (*Derecho y razón*, 2. ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 583).

Essa posição tem por base o ensinamento de Carrara, que, discorrendo sobre o que Ferrajoli denomina "la tendencia invasora del Ministerio Público", pontificava: "El oficial al que se llama *Ministerio Público* y representante de la *ley*, no debe tener outra atribuición fuera de la de acusar. Si él se mezcla en la *inquisición*, si tiene potestad de hacer procesos o dirigirlos, o de influir de cualquier otra forma en los procesos escritos que después valdrán, más o menos, para hacer prueba en contra del acusado, no será nada más que un *inquisidor*. Y cuando se lo encadene al Poder Ejecutivo, resultará una mentira llamarlo *representante de la ley*: solo será un inquisidor *representante del gobierno*, y siempre pondrá sobre la *voluntad de la ley* la *voluntad del gobierno*" (Francesco Carrara, *Programa del curso de derecho criminal – Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1944, vol. II, § 845, p. 215).

Tratando de interpretar o art. 7.° da LC 75, veja-se, ainda uma vez, o comentário e a crítica de Evaristo de Moraes Filho: "(...) parece claro que se adotou um critério diferenciado em matéria de investigações preparatórias: no campo civil, cabe ao Ministério Público instaurar o inquérito civil ou outros procedimentos administrativos pertinentes, ao curso dos quais se admite que realize diretamente diligências (...); já em sede penal (...) é-lhe facultado meramente requisitar diligências ou a abertura de inquéritos. Entretanto, apesar dessa diferenciação fixada nos textos ora invocados, o Ministério Público, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, nas esferas federal e estadual, está querendo adquirir o vezo de promover, diretamente, investigações preliminares, expedindo notificações e tomando depoimentos, numa verdadeira usurpação das atribuições da autoridade policial, a quem a Constituição comete as funções de Polícia Judiciária (art. 144, § 1.°, IV e § 4.°)" (cit., p. 109-110).

Em suma, o que se está verificando na prática de nosso foro federal é uma atabalhoada tentativa de ampliação constitucional das funções institucionais do Ministério Público, em contraste com a forma que a Carta Maior e a legislação inferior estabeleceram para a realização da investigação criminal. *Data venia*, as conquistas do Ministério Público na nova Constituição Federal já foram de bom tamanho. Pretender ampliá-las à força significa verdadeira ameaça aos direitos do cidadão.

A matéria versada neste artigo tem sido objeto de diversos pronunciamentos dos Tribunais do País.

Em acórdão unânime da 2.ª T. do E. STF, *DJU* 19.03.1999, sob a relatoria do ilustre Min. Carlos Velloso (RE 205.473-9-AL), resta consignada a *falta de atribuição constitucional* do Ministério Público para, substituindo-se à Polícia Judiciária, realizar diretamente a investigação criminal: "Constitucional. Processual penal. Ministério Público. Atribuições. Inquérito. Requisição de informações. Crime de desobediência. CF, art. 129, VIII; art. 144, §§ 1.° e 4.°. I – Inocorrência

de ofensa ao art. 129, VIII, CF, no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, *mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (CF, art. 144, §§ 1.º e 4.º)*" (grifos nossos).

Do voto do eminente relator extrai-se: "A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). *De outro modo, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF. (...) Não compete ao Procurador da República, na forma do disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial*, dado que, tirante a hipótese inscrita no inc. III do art. 129 da CF, não lhe compete assumir a direção de investigações tendentes à apuração de infrações penais (CF, art. 144, §§ 1.º e 4.º)" (grifos nossos).

Em adição, temos acórdão unânime da 6.ª T. do E. STJ, proferido em 07.11.1995, relator o eminente Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (RHC 4.769-PR), no qual é destacada a importância de manter a separação entre as funções de investigar e acusar. Veja-se parte do voto do Ministro-relator: "Ministério Público e magistratura não podem estar comprometidos com o caso *sub judice*. Daí a possibilidade de argüição de impedimento, ou suspeição dos respectivos membros. Se um ou outro atua na coleta de prova que, por sua vez, mais tarde, será a base do recebimento da denúncia, ou do sustentáculo da sentença, ambos perdem a imparcialidade, no sentido jurídico do termo. (...) *Além disso, é tradicional, não se confundem três agentes: investigador do fato (materialidade e autoria), órgão da imputação e agente do julgamento*" (grifos nossos).

E mais: no acórdão unânime da 6.ª T. do E. STJ, proferido em 13.02.1996, relatado pelo eminente Min. William Patterson (REsp 76.171-AL) acerca desse tema, merece destaque a seguinte passagem do v. acórdão: "*A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). De outro modo, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF.* (...) Nada mais precisará ser acrescido ao pronunciamento transcrito, porquanto *irrefutável a argumentação desenvolvida*" (voto do eminente Ministro-relator – grifos nossos).

Recentemente, o E. TRF da 2.ª Região proferiu acórdão assim ementado: "*Habeas corpus*. Constitucional e processual penal. Representante do *Parquet* (CF, art. 129). Realização direta de procedimentos investigatórios. Não cabimento. Polícia (CF, 144, § 1.º, IV). Orientação do Pretório Excelso. O Ministério Público, como *dominus litis*, é o verdadeiro destinatário das investigações preparatórias da ação penal, cabendo a operacionalização das mesmas, de forma exclusiva, pela Polícia Judiciária (CF, art. 144, § 1.º, IV); 'Pode o Ministério Público,

portanto, presentes as normas do inc. VIII do art. 129 da CF, requisitar as diligências investigatórias e requisitar a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. As diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial deverão ser requisitadas, obviamente, à autoridade policial' (STF, RE 215.301-CE, 2.ª T., rel. Min. Carlos Velloso, *Informativo-STF* 145, *DJ* 28.05.1999, p. 1.303). Diante da falta de atribuição legal do Ministério Público Federal para promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao princípio do *due process of law*. *Habeas corpus* concedido" (TRF da 2.ª Reg., 4.ª T., HC 99.02.07263-1-RJ, rel. p/ acórdão Des. Federal Benedito Gonçalves, j. 08.11.2000, *DJ* 15.03.2001, p. 163).

Veja-se, ademais, a seguinte ementa, da mesma E. Corte Federal da 2.ª Região: "Processo penal – *Habeas corpus* – Inquérito policial – Competência da Polícia Judiciária e do Ministério Público – Limites. I – *Habeas corpus* impetrado objetivando o trancamento da ação penal, defluente de denúncia formulada baseada em subsídios probatórios extraídos de inquérito policial instaurado, processado e presidido por membros do Ministério Público Federal, subscritores da peça vestibular da ação penal. II – Ilegalidade procedimental por invasão de atribuições reservadas à competência da Polícia Judiciária, nos termos do art. 144, § 4.°, da CF. III – Reconhecimento de competência do Ministério Público do poder-dever de fiscalizar atividades policiais, com requisição, inclusive, de diligências, sem, entretanto, substituir-se à atribuição legal de Delegados de Polícia. IV – Concessão da ordem de *habeas corpus* impetrada em favor dos pacientes para determinar o trancamento da ação penal contra eles instaurada, em curso no Juízo da 13.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Unânime" (HC 1.273, 1.ª T., rel. Des. Federal Ney Fonseca).

Do acórdão destaca-se, por sua relevância, a seguinte passagem: "Primeiramente, cumpre-nos salientar que a ação penal desfechada contra o paciente, lastreada em inquérito penal realizado pelo próprio órgão do Ministério Público, constituiu, realmente, fato inusitado e estranho, face à falta de atribuição do *Parquet* quanto ao colhimento de provas com a finalidade de instaurar ação penal, eis que cabe ao mesmo, tão-somente, realizar inquéritos civis, conforme reza a nossa Carta Magna, em seu art. 129, quando dispõe a respeito das funções institucionais do Ministério Público. Assim, as diligências investigatórias destinadas ao inquérito policial refogem ao âmbito de atuação interna do Ministério Público, exatamente porque devem ficar afetas a quem tenha a titularidade de instaurar esse tipo de procedimento, isto é, a polícia civil, e, neste passo, mister ressaltar que é necessário que as funções fiquem bem delimitadas. Cada poder, cada órgão ou membro de poder com suas atribuições e competências bem definidas, sob pena de se descumprir a regra, também constitucional, do devido processo legal. Isto porque, quando se define, estabelecem-se limites, não podendo haver funções ou atribuições superpostas. Se as há, ou serão conflitantes (devido processo legal ferido), como no caso em tela, ou serão desnecessárias (economia processual desprezada, com desgaste da máquina estatal)".

Em outro acórdão deste mesmo E. TRF, 2.ª Reg., agora relatado pelo eminente Des. Federal Silvério Cabral, a ementa ficou assim redigida: "*Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. O representante do *Parquet*, sem motivação aparente, instaurou inquérito administrativo que ele mesmo realizou, exorbitando sua competência legal e o qual culminou com o oferecimento de denúncia abusiva. Ordem de *habeas corpus* concedida como requerido na inicial" (2.ª T., HC 1.137-RJ).

Vale ressaltar que nesse último acórdão, citado acima, o parecer do Ministério Público, da lavra do ilustre Prof. Juarez Tavares, foi no sentido da concessão da ordem.

Em mais outra decisão do mesmo E. Tribunal, que tinha por objeto a decretação de uma prisão preventiva, o tema das atribuições do Ministério Público foi também ventilado, valendo ressaltar um parágrafo do voto do nobre Des. Fed. Castro Aguiar, assim redigido: "Ademais, também entendo que o Ministério Público, no curso de um inquérito policial, não tem atribuição legal para a colheita pessoal e direta de declarações de indiciados ou de testemunhas. Pode, sim, requisitar diligências e estar presente à realização das mesmas, mas não pode substituir a autoridade policial, a quem compete o exercício, com exclusividade, das funções de Polícia Judiciária da União, nos termos do art. 144, § 1.º, IV, da Carta Magna" (2.ª T., HC 960209709-4, unânime).

No que diz respeito à doutrina, o ínclito Prof. José Afonso da Silva, titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e ex-Secretário de Segurança Pública do mesmo Estado, é o autor de parecer em que comenta Ato do Colégio de Procuradores de Justiça de São Paulo, que pretendia fazer com que o Ministério Público passasse a realizar diretamente a investigação criminal. Do parecer do ilustre mestre, proferido em 16.10.1996, destacam-se os seguintes pontos: "Mais contundentemente inconstitucional é o disposto no art. 26 do Ato 98/96, quando atribui ao órgão do Ministério Público a função investigatória direta. (...) Em essência, neste dispositivo institui o Ministério Público, *sponte propria*, particular forma de inquérito, extrapolando os limites, consignados em lei, que lhe permitem encetar investigação, o que só é possível nas hipóteses de infração penal praticada por Promotores de Justiça, ou nos casos de inquérito civil, como medida preliminar à propositura da ação civil pública. O procedimento administrativo, referido no dispositivo, é uma contrafação do inquérito civil previsto no inc. II do art. 129 da Constituição, que não pode ser transmudado em maldisfarçada forma de inquérito policial, porque tem destinação própria, qual seja, servir de peça informativa prévia à propositura da ação civil pública para fins ali previstos. A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da Polícia Civil, que se encontra expressamente prevista no art. 144, § 4.º, da CF. *Não há como passar legitimamente essa atribuição para o Ministério Público por meio de ato administrativo ou de qualquer medida legislativa infraconstitucional, sem grave afronta a normas e princípios constitucionais*. Vale dizer, pois, que o tal 'procedimento administrativo' é, na verdade, um expediente de invasão de competência, desprovido de base legal" (grifos nossos).

De outro lado, parecer do eminente Prof. L. A. Machado, titular de Direito Penal e de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, assenta, igualmente, a inconstitucionalidade de o Ministério Público presidir diretamente investigações criminais e, conseqüentemente, a inarredável ilicitude da prova colhida: "a lei não pode cometer as funções de elaboração de inquérito policial e de investigações criminais a quem não se revista expressamente de autoridade policial, segundo a Constituição Federal. A leitura que se deve fazer dessa atribuição constitucional é ser uma garantia individual, a garantia da imparcialidade e impessoalidade do Ministério Público, *dominus litis*, e que, por isso, não deve, e não pode, investigar ou coligir informações para o exercício da ação processual criminal. René Dotti, com sua notável clarividência e lucidez, já disse: (...) 'O conceito jurídico-processual penal de autoridade não poderá, é óbvio, refugir aos indicadores constitucionais e legais. Segundo a lei fundamental, incumbe às polícias civis as funções de Polícia Judiciária e apuração das infrações penais, exceto as militares'. (...) [trata-se de] imposição do princípio da legalidade, sintetizado por C. A. Bandeira de Mello como obrigação de a administração pública só agir quando um texto de lei específico a autorize a agir. (...) Isso porque, em sendo autor [o Ministério Público], as investigações restariam imprestáveis, por inconstitucionalidade; e seriam irrecuperáveis, frutos que seriam da árvore envenenada (*poisonous tree*). (...) Significa: *como a investigação criminal feita pelo Ministério Público é inconstitucional – por ofender o monopólio constitucional das polícias civis e federal –, todas as provas e indícios coligidos são inconstitucionais, entendimento decorrente da* fruits of poisonous tree doctrine, *adotada pelo STF*. (...) Antecedente psicológico, portanto, à análise do tema, é a desmilitarização do pensamento quando do tratamento de questões que envolvam o poder da Polícia, mesmo porque, ainda hoje, infelizmente não são poucos – e normalmente os serviçais do Poder e do *status quo* – que vêem os Delegados de Polícia em nível inferior, partindo de um *a priori* negativo. Esquecem-se, tais desavisados, que os Delegados de Polícia, como hoje estabelecido em lei, são tão bacharéis em Direito quanto os Magistrados e os Promotores de Justiça, separando-os, quanto a este aspecto, e tão-só, a realização e aprovação em concursos públicos diversos. No mais, cada carreira tem suas peculiaridades, suas vantagens, seus níveis e extensão do poder e suas desvantagens, típicas do exercício da própria função. (...) Não há dúvida de que o *habeas corpus* constitui o remédio adequado para corrigir a ação abusiva do Ministério Público (Heleno Fragoso). (...) III – *A conclusão*: 1. as polícias civis e a Polícia Federal detêm o monopólio constitucional da investigação criminal, e, conseqüentemente, do inquérito policial. (...) 3. ao Ministério Público é constitucionalmente defeso investigar e coletar informações, indícios e provas para o processo-crime" (interpolações nossas).

É importante, por fim, trazer à colação o acórdão de processo administrativo realizado na douta Procuradoria-Geral da República, proferido pela 2.ª Câmara de Coordenação e Revisão e publicado no *DJU* 02.09.1998. Nessa decisão administrativa, os eminentes Drs. Suprocuradores-Gerais da República Edinaldo de Holanda Borges, Gilda Pereira de Carvalho e Delza Curvello, integrantes da cúpula

do Ministério Público Federal, assentam a impossibilidade de membros do Ministério Público Federal realizarem, direta e pessoalmente, investigações criminais, e sugerem a anulação de procedimento realizado no âmbito da Procuradoria da República em Minas Gerais, nos seguintes termos: "Ementa: Procedimento administrativo criminal instaurado na Procuradoria da República, com fundamento no art. 129, VIII, da CF, em virtude de expediente que relata a ocorrência de conduta, em tese delituosa, praticada por deputado federal. Tramitação de referido expediente em *cartório criminal*, instituído por portaria da chefia. *Instauração de procedimento criminal administrativo pelo Ministério Público. Impossibilidade face aos exatos termos do art. 144, § 1.º, IV, da CF de 1988 – interpretado como garantia constitucional do cidadão de somente ser investigado pela Polícia Judiciária.* Situação constitucional diversa do regime anterior. Fundamentos de tal assertiva. O juízo de instrução e a legislação processual penal brasileira, em face das garantias constitucionais. Parecer no sentido do imediato encaminhamento ao expediente indevidamente autuado ao Procurador-Geral da República, *único titular da ação penal junto ao STF*. Encaminhamento ao Procurador-Geral da República do presente procedimento administrativo, solicitando cancelamento da autuação, bem como revisão do ato administrativo que criou o noticiado "cartório criminal", em face dos princípios contidos na Constituição Federal" (grifos nossos). E prossegue o acórdão: "a investigação criminal iniciada pelo Procurador da República (...) se constitui em prática – procedimento – *alheio ao ordenamento jurídico vigente, eivado de inconstitucionalidade*, visto que é atribuição exclusiva da Polícia Federal o exercício das funções de Polícia Judiciária da União – art. 144, § 1.º, IV, da CF de 1988, e que ao Ministério Público somente é permitida a instauração de inquéritos civis. (...) Esse cuidado do Constituinte de 88 tem *razões históricas*, que puderam ser colhidas do período e que vivemos em regime de exceção, quando *procedimentos investigatórios* sobre a conduta dos cidadãos podiam – e eram – instaurados por diversos órgãos ligados ao sistema estatal – congêneres –, investigações essas que muitas vezes deram origem a prisões de cidadãos, que ficavam detidos pelos órgãos de segurança, restando aos seus familiares e amigos procura incessante, para saber *onde* e *porque* se encontrava o 'desaparecido' detido. Diante desse quadro bastante conhecido pelo Constituinte, que pretendia editar Constituição que assegurasse ao cidadão *todas as garantias do regime democrático*, procurou ele ajustar o texto constitucional, de sorte que o cidadão só pudesse ser investigado por um e determinado órgão estatal, previsto constitucionalmente. (...) Dessa forma, as *diligências investigatórias* destinadas ao inquérito policial, e futura ação penal, *fogem à atuação do Ministério Público porque devem ficar jungidas a quem tenha titularidade para instaurar esse tipo de procedimento, sob pena de restar ferido o princípio do devido processo legal*" (voto vencedor da Dra. Subprocuradora-Geral da República Delza Curvello Rocha – grifos nossos).

Chegou a tal ponto a ilegal expansão de atribuições do Ministério Público Federal, exposta na mídia por força de episódios recentes que foram objeto de grande destaque, que mesmo aos leigos já não escapa o extremo perigo de preten-

derem-se acumular tantos poderes nas mãos do *Parquet*. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho do editorial publicado pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, em sua edição do dia 08.06.1999, intitulado "Os limites do Ministério Público": "O Ministério Público, que emergiu da Constituição de 1988 com novos e maiores poderes, tem um importante papel a cumprir na defesa da lei e, principalmente, na moralização da administração pública. Não pode, porém, constituir-se num Quarto Poder, sem qualquer controle, expandindo suas atribuições e margem de arbítrio ao sabor da interpretação pessoal que os procuradores fazem da lei. Os procuradores brasileiros gostam de seguir o exemplo dos procuradores italianos – que, ao contrário dos daqui, são autoridades judiciárias –, que conduziram a Operação Mãos Limpas. Devem, portanto, cuidar de não ultrapassar, com seu zelo, os limites da lei e a fronteira dos direitos individuais para não anular com abusos, como fizeram vários de seus colegas italianos, um esforço sério de moralização da vida pública".

Em conclusão: é absolutamente ilegal o procedimento do Ministério Público Federal, ao instaurar um inquérito administrativo no âmbito da própria Procuradoria da República, para a apuração de eventuais delitos. O Ministério Público Federal não dispõe de atribuições para tanto, e, assim agindo, viola flagrantemente a exclusividade que a Constituição Federal comete à Polícia Federal para exercer as funções de Polícia Judiciária da União, bem como o próprio Estatuto do Ministério Público da União (LC 75, de 20.05.1993).

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1

REDUÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL – Ineficácia social e impossibilidade constitucional

ADRIANA ALVES LOCHE
ANTONIO JOSÉ MAFFEZOLI LEITE

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A adolescência e a criminalidade: agentes e vítimas – 3. Crime e castigo: o mito da impunidade e a ineficácia social da redução – 4. A dupla impossibilidade constitucional – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O presente artigo discute a questão da redução da imputabilidade penal, a partir dos argumentos mais utilizados pelos defensores da idéia confrontados com pesquisas sobre a participação do jovem na criminalidade e com a análise da sua viabilidade jurídica. O artigo procura reafirmar a ineficácia da redução para a diminuição da criminalidade e a sua impossibilidade constitucional.

Palavras-chave: Inimputabilidade penal – Criminalidade juvenil – Cláusulas pétreas.

1. Introdução

O debate em torno da redução da idade penal tem ganho cada vez mais destaque na sociedade brasileira. "Acuados" pela sensação de violência crescente, setores da sociedade têm, continuamente, defendido o aumento e o recrudescimento das sanções penais, a criminalização de novas condutas e a extensão do alcance do Direito Penal aos adolescentes, hoje, inimputáveis.

Para esse movimento, denominado como "da Lei e da Ordem", nas palavras de Telles Jr. e Grau (2001) "o Direito Penal é visto como uma espécie de 'panacéia universal', ou seja, um remédio para curar todos os males causados pelo aumento da criminalidade. Em um raciocínio extremamente errôneo e simplista, a violência somente diminuiria se houvesse maior rigor na aplicação das leis penais – penas majoradas, encarceramento maciço da população e cerceamento de direitos e garantias individuais constitucionais".

Nesse sentido, tramitam, atualmente, no Congresso Nacional várias propostas de emendas constitucionais para o rebaixamento da idade penal. Os principais argumentos utilizados pelos defensores da redução são: a) a violência por eles

praticada vem aumentando assustadoramente; b) os adolescentes são utilizados por adultos para praticarem crimesc) os jovens entre 16 e 18 anos possuem, pelo grau de informação a que estão expostos, discernimento, podendo ser responsabilizados por seus atos; e d) os adolescentes infratores não são punidos.

Tais argumentos, derivados em grande parte do senso comum, necessitam de melhor análise.

2. A adolescência e a criminalidade: agentes e vítimas

Como mencionado anteriormente, um dos argumentos utilizados pelos defensores da redução da idade penal é o de que o jovem tem sido o responsável pelo aumento da taxa da criminalidade violenta.

As causas do crescimento da criminalidade violenta são inúmeras: desigualdade social, falta de oportunidades no mercado de trabalho, consumismo, desagregação familiar e social, mas não há como afirmar que os responsáveis por esse crescimento sejam os jovens. Dados da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude – ABMP – revelam que os jovens são responsáveis por apenas 10% do total de crimes ocorridos no Brasil, e, desses crimes, cerca de 90% referem-se a delitos contra o patrimônio.

Pesquisa realizada por Adorno et alii (1999),[1] sobre o jovem e a criminalidade em São Paulo, revela que os jovens estão mais envolvidos em delitos contra o patrimônio, em especial roubos e furtos – que representam, respectivamente, 19% e 18,4% do total de ocorrências analisadas. Em relação aos crimes contra a pessoa, as lesões corporais representam 11,7% dos delitos cometidos por adolescentes.

A pesquisa aponta ainda que, nos dois períodos analisados, há um aumento do envolvimento de jovens nos crimes contra o patrimônio, mais especificamente com o roubo. Essa modalidade criminal representava, no período de 1988 a 1991, 49,5% do total de infrações cometidas pelos adolescentes e passou a representar, entre 1993 e 1996, 51,1% do total de infrações. Os autores salientam, porém, que "não se pode dizer que essas diferenças sejam significativas, pois os valores do período de 1993-1996 se encontram dentro dos limites dos intervalos de confiança".

(1) A pesquisa teve por objetivo caracterizar a criminalidade juvenil na cidade de São Paulo, no período de 1993 a 1996, e responder a algumas questões que, sem dúvida, preocupam a sociedade: há um aumento da participação dos jovens no movimento da criminalidade urbana violenta? Quem é esse jovem infrator? Qual o seu perfil social? Há alguma correspondência entre esse perfil e as características atribuídas a esses jovens pela sociedade? Os resultados dessa pesquisa foram comparados aos resultados de pesquisa equivalente, realizada pela Fundação Seade e Núcleo de Estudos da Violência, para o período de 1988 a 1991. Para este artigo, interessam-nos, tão-somente, os resultados que se referem à participação dos jovens no movimento da criminalidade.

Outro dado interessante é o de que o envolvimento dos jovens nos crimes de homicídio é muito pouco significativo, correspondendo a 1,3% do total de ocorrências policiais. O homicídio é a modalidade criminal que mais estimula o "imaginário social coletivo de medo e insegurança", segundo os autores. Como não há uma participação significativa dos jovens nesse tipo de crime, os autores chegam à constatação de que há um "descompasso entre as percepções coletivas e os fatos" e afirmam que "a observação empírica da realidade social não sustenta tais suspeitas que se deixam entrever no domínio das opiniões e das representações coletivas".

Em relação ao argumento de que jovens são utilizados por adultos para cometerem crimes, observa-se que não há uma preocupação de fato em se resolver o problema, pois o autor intelectual e mandante do crime, no caso maior de 18 anos, continuaria atuando, recrutando outros jovens. Se há impunidade, nessa situação específica, ela estaria relacionada ao adulto, e não ao adolescente infrator, posto que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê para esse adolescente medidas socioeducativas.

Bezerra (2001) apresenta um bom argumento para desconstruir esse discurso falacioso. Segundo ele, o argumento utilizado pelos defensores da redução da idade penal é "demagógico e risível. A diminuição da idade penal não será capaz de impedir que amanhã sejam recrutados aqueles entre 14 e 16 anos de idade, ou mesmo os mais jovens. E a partir daí, qual será a simplista 'solução' a ser proposta? Por certo continuaremos o mesmo processo de redução sem discussão das verdadeiras causas a serem atacadas, quando então no Brasil até mesmo o recém-nascido merecerá punição por ser um 'criminoso em potencial'".

Essa questão se resolveria se as agências responsáveis pela prevenção e pelo controle da criminalidade estendessem ao "mandante" do crime o mesmo tratamento que se pretende dar para o "mandado", pois, reprimindo o mandante, se exclui a demanda. Logo, não haveria a necessidade de se reduzir a idade penal, pois estar-se-ia atacando o problema em sua causa e não em suas conseqüências.

3. Crime e castigo: o mito da impunidade e a eficácia social da redução

A Constituição Federal e todos os documentos internacionais sobre criança e adolescente são claros em atribuir aos jovens direitos e deveres, entre eles, o de respeito às regras sociais de convivência. E são unânimes também em exigir que os jovens acusados de condutas anti-sociais sejam submetidos à legislação e procedimentos próprios de apuração e punição desses atos. Por quê? Porque os adolescentes estão num período especial de desenvolvimento.

Psicólogos, antropólogos e sociólogos conceituam a adolescência como um estágio peculiar no desenvolvimento humano, um período de alterações físicas, psíquicas e sociais. Juntamente com modificações hormonais, o adolescente vive uma fase de amadurecimento psicológico que passa pela

reavaliação das relações parentais e por um período de desajuste social, no qual deixou de ser criança, inconsciente e inconseqüente, mas não ainda não é aceito na sociedade adulta.

Não se trata de possuir ou não capacidade de discernir entre o certo e o errado. Como afirma Amaral e Silva (2001), "admitir que a imputabilidade (...) aos 18 anos se baseia na falta de entendimento do caráter ilícito, anti-social ou reprovado dos crimes, implica comparar adolescentes a insanos mentais, o que nada tem de coerente. (...) O critério dos 18 anos é de política criminal, nada tendo com a capacidade ou incapacidade de entendimento".

Por estarem passando por essa fase peculiar de desenvolvimento, os adolescentes, quando violam as normas sociais impostas a todos, inclusive a eles, devem receber um tratamento recuperatório específico, diferente daquele aplicado aos infratores adultos, que serão sancionados penalmente. Isto, se o objetivo pretendido com a submissão de um infrator a um tratamento obrigatório for o de recuperá-lo para o convívio social.

É justamente esse escopo reeducativo, ressocializador, que parece inexistir nas propostas de redução da imputabilidade penal. Ora, reduzida a idade para a submissão ao Código Penal, adolescentes estarão sujeitos às sanções penais, que, em sua maioria, são penas privativas de liberdade, cumpridas no caótico e desumano sistema carcerário brasileiro.

Esse sistema conta com 45 mil vagas aproximadamente, havendo atualmente cerca de 125 mil condenados cumprindo pena, e nada menos que 300 mil mandados de prisão a serem cumpridos. Com a superlotação, as condições de habitação, higiene e saúde são precaríssimas, da mesma forma que a disponibilização de atividades educacionais, culturais, esportivas e laborativas. Tudo isso leva à quase falência desse modelo de tratamento de pessoas condenadas, visto o índice de reincidência que beira os 65%. Se, de cada 100 pessoas presas, 65 voltam a delinqüir, o sistema não está funcionando. Ou seja, no Brasil, o sistema, além de ineficaz, constitui um dos maiores fatores de reincidência e de criminalidade violenta. Reduzir a idade penal seria, diferente do que preconizam seus adeptos, concorrer para o aumento da criminalidade.

Além disso, querer submeter mais pessoas – no caso, os jovens maiores de 14 ou 16 anos, conforme a proposta – a esse sistema não denota nenhuma preocupação com sua ressocialização, ficando evidente que se busca apenas a retribuição vingativa e castigatória àquela pessoa que violou uma norma social de conduta. O Estado Social Democrático de Direito não pode servir de instrumento de vingança social.

E a não submissão dos adolescentes menores de 18 anos ao sistema penal não os deixa "impunes", ao contrário do comumente alegado. Nos termos da Constituição Federal e dos tratados internacionais, uma legislação específica foi elaborada para tratar as crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma das mais modernas legislações do mundo, servindo hoje como paradigma para reformas legislativas em inúme-

ros países. Ele inova ao reconhecer as crianças e adolescentes como "sujeitos de direitos" e, ao elencar esses direitos, atribuir, conjuntamente, as responsabilidades por sua efetivação ao Estado, à sociedade e à família. Num avanço da noção de democracia participativa, cria conselhos, a serem formados por cidadãos, para a formulação das políticas públicas para crianças e adolescentes – os Conselhos de Direitos, municipais, estaduais e nacional – e para a execução e fiscalização dessas políticas – os Conselhos Tutelares. Prevê, também, inúmeras medidas de proteção que devem ser aplicadas a fim de se evitar ou de se sanar uma situação de risco à criança ou ao adolescente. Por situações de risco pode-se imaginar situações de desagregação familiar, violência doméstica, miserabilidade, dependência química (dos jovens ou dos familiares), entre outras.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, também, mas já na sua parte final, um sistema para julgamento e tratamento dos adolescentes que, tendo sido ineficazes todas as medidas protetivas anteriores, pratiquem atos contrários às normas sociais estabelecidas. Ressalta, portanto, esse sistema sancionatório como última *ratio*, a ser aplicado somente quando o sistema de proteção falhou.

Considerados como sujeitos de direitos, aos adolescentes são asseguradas todas as garantias judiciais clássicas – direito a um devido processo legal, à ampla defesa (que inclui, obviamente, a defesa técnica), ao contraditório –, quando são eles submetidos a um procedimento judicial de apuração de ato infracional supostamente praticado, que pode acarretar numa decisão judicial impositiva de uma medida compulsória de tratamento, denominada, no Estatuto, de socioeducativa, que varia de uma simples advertência até a privação de liberdade em unidade de internação. Essa medida de internação não tem prazo determinado e pode durar até três anos, dependendo da reavaliação psicossocial periódica do adolescente e de sua família. Durante o cumprimento da medida, é obrigatório que o jovem receba orientação psicológica e social e desenvolva atividades escolares, culturais e profissionalizantes.

É falacioso, portanto, o argumento de que os adolescentes "tudo podem, pois ficam impunes". Quando os adolescentes infringem as regras estabelecidas na legislação penal, são submetidos a um processo judicial específico e podem receber uma resposta estatal a essa infração, resposta, no entanto, que também será específica devido a sua condição peculiar de desenvolvimento e que, claramente, busca a reeducação desses adolescentes para o convívio social.

4. A dupla impossibilidade constitucional

Além de todos esses aspectos, no campo estritamente jurídico, parece-nos também clara a total impossibilidade de diminuição da idade de imputabilidade penal.

O art. 228 da CF assegura que "são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial". A questão que se apresenta é: o art. 228 da CF pode ser alterado por meio de emenda constitucional?

A nossa Constituição prevê a possibilidade de ser modificada, estabelecendo um processo legislativo específico para esse fim (art. 60). Ressalva, no entanto, algumas matérias, que jamais poderão ser objeto de emenda supressiva. Diz:

"Art. 60. (...) § 4.° Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais."

Ora, o que é, senão uma garantia, a norma protetiva do art. 228 da CF?

O referido artigo encontra-se no Capítulo VII da CF, que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso. O primeiro artigo desse capítulo (art. 226) já indica o seu conteúdo ao reconhecer que a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado. São descritos nesse capítulo, então, inúmeros direitos e garantias das crianças, adolescentes e idosos, bem como são estabelecidos os deveres do Estado e da sociedade para a consecução desses direitos.

O art. 227, por exemplo, é emblemático nesse sentido, reproduzindo, em seu *caput*, os princípios consagrados na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança. Prescreve ele:

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

Considerando esse contexto, fica evidente que o conteúdo normativo do art. 228 da CF também é garantista. Ao assegurar às crianças e aos adolescentes que não serão eles submetidos às normas penais, mas, sim, à uma legislação especial, que leve em conta a sua peculiar situação de ser em desenvolvimento e obedeça aos princípios da brevidade e excepcionalidade quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade (art. 227, § 3.°, V), a Constituição acrescenta uma garantia judicial a esse grupo de pessoas. Todas as pessoas são protegidas pelas garantias constitucionais do devido processo legal e da anterioridade da lei penal, por exemplo. As pessoas menores de 18 anos gozam, ainda, da garantia de serem submetidas a um processo específico, não-penal.

Sendo garantia constitucional, portanto, a inimputabilidade penal até os 18 anos constitui-se em cláusula pétrea e não pode ser suprimida ou alterada.

Há quem argumente que a inimputabilidade penal não seria uma garantia constitucional por não estar descrita no corpo do art. 5.° da CF. As normas constitucionais, entretanto, classificam-se pelo seu conteúdo, não por sua localização. Já ensinava Gandra Martins: "Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5.°, mas, como determina o § 2.° do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo Texto Constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca".

E, se o problema fosse a localização, a inimputabilidade penal até os 18 anos ganha *status* de garantia constitucional também por estar prevista na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança.

Ratificada pelo Congresso brasileiro em 24.09.1990, referida convenção estabelece que criança é todo ser humano menor de 18 anos e que, quando privada de liberdade, "seja tratada com humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, *toda criança privada de sua liberdade ficará separada de adultos...*" (art. 38, *c*, grifo nosso).

Por força do § 2.° do art. 5.° da CF, todos os direitos e garantias individuais não previstos na própria Constituição, mas estabelecidos em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, *incorporam-se* ao rol de direitos e garantias do referido artigo.

Logo, temos hoje até uma "redundância constitucional": a inimputabilidade penal até os 18 anos está prevista no art. 228 da CF e foi incorporada ao art. 5.° por também estar prevista no art. 38, *c*, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança.

5. Conclusão

A partir de uma análise mais criteriosa dos fatos, chega-se à conclusão de que o movimento pela redução da maioridade penal baseia-se em pressupostos frágeis e objetivos equivocados, e que as propostas de emenda à Constituição apresentadas não têm possibilidade jurídica.

As premissas utilizadas, por vezes, apresentam-se até mesmo paradoxais: se os adolescentes já possuem discernimento e, por isso, merecem ser punidos como adultos, como são eles cooptados por adultos para cometerem os crimes? Quanto aos objetivos, na maioria das vezes, eles não são sequer indicados, deixando transparecer que se trata exclusivamente de busca por vingança social.

Mais eficaz para a redução da criminalidade seria que esses setores da sociedade se organizassem para mobilizar toda a sociedade para cobrar dos órgãos públicos a efetiva implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente do sistema de proteção contra situações de risco, que, agravadas, podem contribuir para uma eventual futura delinqüência.

E se a questão da violência na adolescência tanto preocupa, que se passe a atentar para a vitimização dos adolescentes, estatisticamente muito mais relevante que a perpetração.

Bibliografia

ADORNO, Sérgio; LIMA, Renato Sérgio de; BORDINI, Eliana B. T. *O adolescente na criminalidade urbana em São Paulo*. Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 1999.

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. "Mandar jovens de 16 anos para o sistema carcerário vai resolver a questão da violência e da criminalidade?" <www.ambito juridico.com.br>. Acesso em 04.07.2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 4. t. 2.

BEZERRA, Saulo de Castro. "A imputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente" <www.ujgoias.com.br>. Acesso em 07.07.2001.

———. "Exclusão social e a imputabilidade penal" <www.direitonaweb, 2001>. Acesso em 07.07.2001.

CARDIA, Nancy. "A violência urbana e os jovens". *São Paulo sem medo: um diagnóstico da violência urbana*. Rio de Janeiro : Garamond.

FERREIRA, Ivette Senise. "Imputabilidade e maioridade penal" <www.direitocriminal. com.br>. Acesso em 05.07.2001.

LACORTE, Nicio Brasil. "A maioridade penal" <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em 07.07.2001.

PIOVESAN, Flávia. "A inconstitucionalidade da redução da maioridade penal" <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em 04.07.2001.

TELLES JR., Goffredo da Silva; GRAU, Eros Roberto. "A desnecessária e incostitucional redução da maioridade penal" <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em 02.07.2001.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.2

A GEOMETRIA DA LEI:
Uma entrevista com Donald Black
Universidade da Virgínia, Charlotesville, 21 de maio de 1999*

HELENA SINGER
MARCELO GOMES JUSTO
ANDREA BUENO BUORO

Resumo: Donald Black faz um retrospecto de sua teoria sobre o "comportamento da lei", desde o despertar de suas inquietações quanto ao aspecto pouco científico das teorias sociológicas em geral. Sua proposta é a de uma "sociologia pura", que consiga explicar os fenômenos sociais sem recorrer à psicologia ou recair em explicações teleológicas. Para isso, é fundamental seu conceito de "geometria social", que explica os fenômenos sociológicos de acordo com sua localização e direção no espaço social. É nessa perspectiva que Donald Black formula uma teoria inovadora e polêmica sobre a lei, que a assume como um fenômeno necessariamente partidário. Em contraposição ao discurso do direito sobre justiça, que é um discurso do que ela "deveria ser", Black formula um discurso sociológico, que reconhece como a justiça de fato é e propõe formas científicas de superar suas limitações.

Palavras-chave: Controle social – Sociologia jurídica – Sociologia pura – Geometria social – Comportamento da lei – Justiça sociológica.

Donald Black é professor de Ciências Sociais da Universidade da Virgínia desde 1985. Após concluir seu doutorado na Universidade de Michigan em 1968, o Prof. Black tornou-se bolsista da Russell Sage para o pós-doutorado em Direito e Ciências Sociais junto à Universidade de Yale, onde, mais tarde, tornou-se professor. Entre 1979 e 1985, foi diretor assistente do Centro para Justiça Criminal da Universidade de Harvard.

Com numerosos trabalhos publicados nos campos da sociologia do direito, da moralidade e do conflito, a obra do Prof. Black tem crescido a ponto de incluir projetos tais como uma teoria do sucesso diferencial das idéias, uma teoria da cientificidade, e uma teoria do comportamento de seres sobrenaturais como Deus.

(*) Roberta Senechal de la Roche e Christopher Stevens auxiliaram na edição final da entrevista em inglês, que foi concluída por Donald Black em abril de 2001. A versão e edição em português foram feitas pelos entrevistadores.

Seu livro mais recente, *The social structure of right and wrong* (lançado em 1993 e relançado com revisões em 1998), recebeu o Prêmio Teoria e o Prêmio Distinção em Livro da Associação Americana de Sociologia. Outros importantes trabalhos de sua autoria são *The behavior of law* (de 1976, traduzido para várias línguas); *The manners and customs of the police* (de 1980); *Toward a general theory of social control* (de 1984, em dois volumes); *Sociological justice* (de 1993, também traduzido para diferentes línguas). Seu artigo "The epistomology of pure sociology", publicado em 1995 pela *Law & Social Inquiry,* recebeu o Prêmio Erudição da Associação Americana de Sociologia.

O Prof. Black participa ainda do conselho editorial de várias revistas e coleções científicas, como a série Studies in law and social control, editada pela Universidade de Oxford.

Buoro: *Nós agradecemos muito pelo senhor nos conceder esta entrevista. Acreditamos que muitos no Brasil ficarão satisfeitos por conhecer o seu trabalho. Podemos começar com um breve resumo da sua teoria sobre a lei?*

Black: Antes quero esclarecer que eu sempre procurei desenvolver não apenas uma teoria da lei,[1] mas um novo tipo de teoria sociológica. A lei é simplesmente o fenômeno empírico sobre o qual primeiro foquei minha atenção. Certamente é impossível desenvolver teoria científica sem fazer referência a variações concretas de algum tipo – diferenças na realidade que se quer compreender. Então primeiro foquei nas variações da realidade legal, em particular, variações no controle social governamental. Mas desde o tempo da faculdade, minha mais profunda preocupação sempre foi com o desenvolvimento de um tipo de sociologia que não existia: sociologia sem psicologia. O resultado final é o que chamo de "sociologia pura".

Desde os meus primeiros dias como estudante, fiquei interessado na diferença entre sociologia e psicologia. Como estudante de graduação na Universidade de Indiana, primeiro concentrei meus estudos nas disciplinas de psicologia e depois em sociologia.[2] Então, naturalmente, esperava que sociologia fosse fundamentalmente diferente de psicologia. Mais tarde, durante o doutorado em Michigan, meu campo de especialização era chamado "organização social" e eu fazia algumas matérias em "psicologia social". E a grande questão para mim era saber qual a diferença entre os dois. Sabia que quase toda a teoria sociológica era

(1) A palavra inglesa *law* pode ser traduzida igualmente por "direito" ou por "lei". Como no Brasil o campo de estudos se consolidou sob o nome de "sociologia do direito", traduzimos por "direito" quando dele se trata, bem como quando a referência é aos campos do direito como "direito civil" ou "direito criminal". Porém, quando a referência é ao objeto genérico de análise, optamos por nos referir à "lei". Mais adiante, Black explicará o que entende por "law".

(2) No sistema universitário americano, o estudante faz duas especializações, uma com a maior concentração de matérias (chamada *major*) e outra com menor concentração (*minor*).

fortemente psicológica – preocupada ao menos em parte com problemas relativos à mente humana –, de forma que parecia que a sociologia era realmente um ramo da psicologia social mais do que uma ciência com sua forma própria de compreensão do comportamento humano. Eu e outros em Michigan nos sentíamos desafiados pela idéia de desenvolver uma teoria verdadeiramente sociológica – teoria científica sobre vida social que não fosse psicológica no todo. Mas ao final aconteceu de eu ser o único a me dedicar de corpo e alma a esse problema.

A maior parte dos sociólogos usa um conceito muito estreito de psicologia que exclui seu próprio trabalho. De fato, eles constantemente lidam com estados da mente como sentimentos, percepções, atitudes e motivações humanos. Sua explicação do comportamento humano quase sempre se refere explícita ou implicitamente a esses estados da mente em algum grau. Então eu me perguntava: como podemos explicar o comportamento humano totalmente sem psicologia? Se for possível ter psicologia sem biologia, podemos igualmente ter sociologia sem psicologia? Eu me debati por muito tempo com esse problema.

Nos meus primeiros trabalhos como estudante de pós-graduação na Faculdade de Direito de Yale, concentrei-me especificamente na natureza de uma teoria sociológica da lei. O que tal teoria iria explicar? Como faria isto? Por estranho que isso possa parecer, o grande avanço veio quando compreendi que uma teoria sociológica do direito não apenas ignoraria a psicologia, mas também as pessoas. Ao contrário, ela iria se direcionar para o *comportamento da lei.* O momento daquele pensamento foi uma das mais memoráveis experiências da minha vida. Quando a frase "o comportamento da lei" veio à minha mente, soube imediatamente que tinha acabado de descobrir não apenas o objeto da sociologia do direito, mas também em um sentido ampliado o objeto da sociologia em si. Vi que o objeto adequado da sociologia é o comportamento da vida social mais do que o comportamento das pessoas, e que a sociologia iria em última instância se tornar o que sempre reivindicou ser: uma ciência distintiva com seu próprio objeto. Sabia também que esse desenvolvimento não viria facilmente, que requereria uma revolução científica, que seria desprezada e negada pela maior parte dos sociólogos. Os detalhes eu não sabia. Apenas sabia que a sociologia teria finalmente um novo objeto e uma nova missão. E sabia que já tinha dado um passo fatal: havia eliminado a pessoa.[3]

Porque a sociologia pura ignora as pessoas, meus objetos (tais como o comportamento da lei e o comportamento da ciência) são radicalmente diferentes dos objetos de praticamente todos os outros sociólogos. O modo como explico a vida social também é diferente: eu o faço com sua *geometria social* – sua localização e direção no espaço social. Explico então o comportamento da lei com a geometria de cada caso. Como um conflito é situado no espaço social? Qual é a sua estrutura social, o formato do espaço social onde ocorre? O espaço social é

(3) Black, 1995. "The epistemology of pure sociology", *Law & social Inquiry* (20)/829-870, esp. p. 870.

multidimensional, incluindo elementos verticais, horizontais, culturais, corporativos e normativos.[4] Conhecemos a estrutura social de um caso olhando para a localização social de todos os envolvidos – tanto os adversários quanto qualquer terceira parte, como testemunhas, advogados e operadores do direito.

Considere a geometria de um homicídio: quando alguém mata um estranho, por exemplo, a distância relacional coberta pelo assassinato é maior do que quando alguém mata um amigo ou parente. Todo assassinato tem também uma estrutura vertical. Se o assassino é, digamos, um membro desempregado e empobrecido da família da vítima, ao passo que a vítima é o próspero patriarca, o assassinato tem uma direção ascendente (de uma elevação social mais baixa para uma mais alta), enquanto a direção do caso legal é descendente (contra um acusado abaixo da vítima). Essas características relacionais e verticais são apenas dois dos muitos elementos que constituem a estrutura multidimensional de qualquer caso de conflito. Mais ainda, a estrutura multidimensional de cada caso prevê e explica como ele será tratado – como a lei irá se comportar de um caso para o outro. A teoria sociológica pura da lei oferece um número de formulações que prevêem e explicam o comportamento da lei com sua localização e direção no espaço social.[5]

A teoria prevê, por exemplo, a quantidade de lei – o quanto de controle social governamental empregado de um caso para outro. O direito criminal aumenta com ações do tipo uma chamada para a polícia, uma prisão, um processo, uma condenação, e em cada grau de severidade da punição. O direito civil aumenta com ações do tipo o início de uma ação judicial, a vitória de uma queixa, e em cada grau de severidade na mediação. Podemos prever esses eventos com formulações como a seguinte: "a lei é uma função curvilínea da distância relacional".[6] Isto significa que os casos mais próximos e os mais distantes atraem menos lei. Um caso relacionalmente próximo (no qual as partes são membros da mesma casa ou bem conhecidos) atrai portanto menos lei que um caso mais distante (no qual as partes são estranhas entre si ou fracamente conectadas). A mesma formulação prevê que um homicídio entre membros de sociedades diferentes – ainda mais distantes que estranhos de uma mesma sociedade – atrai igualmente menos lei.

Evidências de diferentes casos e sociedades sustentam minha formulação sobre lei e distância relacional. Desenvolvi várias outras formulações sobre a quantidade de lei e temas tais como o estilo da lei (se penal, compensatória, conciliatória ou terapêutica), a forma de intervenção (se mediação, arbítrio ou outra), a presença e natureza do partidarismo (o apoio que cada lado atrai) e a amplitude

(4) Sobre esse ponto, ver genericamente Black, 1995, op. cit., p. 851-852; Black, 1976. *The behavior of law*. New York : Academic Press.

(5) Black, 1976, op. cit.; Black, 1989, *Sociological justice*. New York : Oxford University Press; Black, 1998, *The social structure of right and wrong*. San Diego : Academic Press (ed. revista).

(6) Black, 1976, op. cit., p. 40-46.

da confiança (a localização da responsabilidade). Toda essa teoria se aplica a conflitos em qualquer parte – em todas as sociedades e épocas. É um tipo de teoria geral que muitos pensaram por muito tempo ser impossível.

Singer: *Uma teoria universal como a sua parece resgatar aspectos das clássicas teorias que buscavam explicações gerais, aplicáveis a todas as sociedades e em todos os tempos. No que a sua teoria avança em relação a essas teorias clássicas e também em relação às teorias modernas que as criticaram?*

Black: Em primeiro lugar, assim como a teoria clássica, a teoria moderna sociológica é individualista. Explicitamente ou não, ela se conforma à doutrina que alguns chamam "individualismo metodológico", o argumento que toda vida social em última instância se reduz ao comportamento das pessoas e precisa ser explicada como comportamento das pessoas. Isso também é pesadamente psicológico, embora não necessariamente de modo explícito ou elaborado. Finalmente, assim como a teoria clássica, a moderna teoria sociológica é quase sempre teleológica. Ela explica o comportamento humano como um meio em relação a um fim – seja a busca de um interesse, a realização de um valor, a expressão de uma preferência, a tentativa de um objetivo, a satisfação de uma necessidade, ou serviço de uma função.[7] Em praticamente toda teoria sociológica, o comportamento do indivíduo ou do grupo é meio consciente ou inconsciente para se atingir um ou mais fins. Tudo tem um propósito. Todo crime é um meio para um fim particular, por exemplo, assim como cada instância da lei, da política, religião, arte ou qualquer outra coisa.

Mas a teleologia tem um terrível defeito: os fins ou propósitos do comportamento humano não são observáveis. Duvido que a maioria das pessoas (incluindo os sociólogos) sequer saiba seus próprios objetivos ou propósitos, muito menos os dos outros. Nem podemos validar qualquer coisa que as pessoas possam nos dizer sobre seus motivos – o que elas estão tentando atingir –, uma questão pessoal que pode ter significado moral. A maior parte dos sociólogos, no entanto, assume ou atribui tais objetivos e propósitos tanto a indivíduos quanto a grupos, do mesmo modo que os cientistas medievais uma vez assumiram ou atribuíram objetivos ou propósitos a vários elementos do universo físico como o Sol, a Lua e as estrelas. As ciências naturais abandonaram em grande medida a teleologia como forma de metafísica, e a sociologia precisa finalmente fazer o mesmo. A sociologia teleológica ainda está viva e bem, e não mostra sinais de declínio. A teleologia permanece como superparadigma da sociologia – a lógica fundamental pela qual explica-se qualquer coisa.

A sociologia pura não é teleológica no todo, e essa pode ser a razão por que muitos sociólogos não podem compreendê-la ou apreciá-la. Muitos não podem conceber uma explicação do comportamento humano que não olhe toda ação humana como um meio para um fim. Eles procuram divinizar o propósito de tudo o que é humano: por que, por exemplo, as pessoas lidam com os casos legais do

[7] Black, 1995, op. cit., p. 861-864.

modo com que o fazem? O que estão tentando conseguir? Por que um policial faz uma detenção específica? Por que um juiz toma uma decisão específica? Virtualmente o "por que" sempre se refere a como cada ação humana é um meio em relação a um fim – seu propósito. Mas esses propósitos se encontram além da ciência.

Buoro: *Nessa perspectiva, como o senhor avalia o valor científico da antropologia?*

Black: A teoria sociológica pura da lei começou em um carro de polícia. Como estudante de graduação eu estudei a polícia ao modo de um antropólogo, andando em seus carros de patrulha e observando como eles lidavam com vários incidentes. No começo eu tinha pouco conhecimento de como eles de fato se comportavam, e tudo aquilo era novo e interessante. Meus primeiros escritos sobre a polícia eram bem mais descritivos do que teóricos, e só mais tarde eu percebi que o comportamento deles obedecia a princípios comuns à lei em todo lugar. Antes, porém, tive de investir uma grande quantidade de tempo e energia lendo a respeito da administração de conflitos em uma grande variedade de sociedades e épocas, de bandos de grupos caçadores-coletores a chefias tribais, civilizações antigas, reinados antigos e Estados modernos. Provavelmente, li mais antropologia que qualquer sociólogo no mundo, e li muita história também. No processo aprendi sobre o comportamento da lei em diversos contextos, mas ao mesmo tempo estava separado do objeto por uma distância social suficiente para adquirir um grau considerável de cientificidade. O resultado foi uma teoria extremamente genérica que pode ser testada com fatos de qualquer lugar.

Singer: *Então, quando o senhor diz "lei", não está se referindo apenas a uma instituição das sociedades modernas como os Estados Unidos. Qual o seu conceito de lei?*

Black: O que quero dizer com "lei" é controle governamental social. "Controle social" refere-se a qualquer processo que define ou responde ao comportamento desviante, e "governamental" refere-se a qualquer parte do Estado. Falo do Estado em um sentido amplo, que inclui chefias em sociedades tribais e mesmo sistemas temporários de autoridade que às vezes acontecem entre grupos de caçadores-coletores durante atividades comunais tais como guerras ou expedições de caça de larga escala. Por exemplo, os Índios Plain da América do Norte tinham a chamada "polícia de búfalo", que coordenava a caça ao búfalo.

Embora tenha limitado meus primeiros trabalhos fundamentalmente à lei, estive sempre interessado em todo e qualquer modo de administração de conflitos – confrontos entre certo e errado. Por ter primeiro concentrado meu trabalho na lei, fui capaz de manter o objeto administrável e alcançar um grau de aprofundamento e abrangência que teria sido difícil manter se eu tivesse tratado de outras formas de controle social também. Os advogados podem ficar surpresos que eu veja a lei como um objeto estreito, mas quando vista em relação com todos os outros modos com que as pessoas têm lidado com conflitos ao longo da história, fica evidente que a lei é apenas uma pequena parte de um vasto universo de administração dos conflitos. De fato, a lei existe de forma integral há não mais que 20 mil anos, e

mesmo assim apenas no pequeno número de sociedades que desenvolveram Estados. Durante a maior parte da história humana, os povos sobreviveram como caçadores-coletores e não tiveram Estados permanentes ou estruturas do tipo Estado. Então, por definição, eles não tinham lei (exceto por episódios temporários como os mencionados antes). Assim mesmo constantemente tinham conflitos, e tinham seus modos próprios de lidar com eles. Podemos razoavelmente reconstruir como lidavam com conflito sem lei com base em descrições antropológicas e de outros tipos a respeito dos grupos de caçadores-coletores.[8] Por exemplo, caçadores-coletores sempre usam o evitar [*avoidance*] como um meio de controle social: eles simplesmente reduzem o contato, provavelmente se separando e vivendo distantes, possivelmente apenas limitando sua interação a um grau menor. Às vezes eles conversam a respeito e chegam a uma resolução. E às vezes eles usam a violência. Seu controle social varia de uma situação social para outra – como a lei. Poderia acrescentar que eu e vários outros temos feito considerável pesquisa e teoria a respeito de formas não-legais de controle social, incluindo evitar, fofoca, violência individual e coletiva, e várias outras formas de intervenção de terceiras partes tais como mediação, pacificação e terapia.[9]

Justo: *Um conceito pouco usual em sua teoria da lei é de "partidarismo lento". O senhor poderia nos falar um pouco a este respeito?*

Black: Pesquisadores do direito normalmente descrevem a lei como um processo não partidário – autônomo e neutro. Dizem que a lei está funcionando normal e apropriadamente apenas quando é completamente impessoal e imparcial. Mas minha visão é que a lei é inerentemente partidária. É partidária toda vez que um oficial da lei ou um júri decide quem está certo e quem está errado – quem vence e quem perde – em uma desavença específica. Se um amigo da pessoa A assume o lado de A quando A tem uma desavença com a pessoa B, o amigo é um partidário de A e um oponente de B. Juízes fazem a mesma coisa. Se um juiz diz que A está certo e B está errado, o juiz – a própria lei – torna-se partidário de A

(8) Black, 2000, "On the origin of morality", *Journal of Consciousness Studies* (7)/107-119.

(9) Black, 1998, op. cit. Vários autores têm aplicado a teoria de Black em pesquisas sobre esses temas: M. P. Baumgartner, *The moral order of a suburb.* New York : Oxford University Press, 1988; "The myth of discretion", In: Keith Hawkins (ed.). *The uses of discretion*, Oxford : Oxford University Press, 1993; Mark Cooney. *Warriors and peacemakers: how third parties shape violence.* New York : New York University Press, 1998; Allan V. Horwitz. *The social control of mental illness.* New York : Academic Press, 1982; Calvin Morrill. *The executive way: conflict management corporations.* Chicago : University of Chicago Press, 1995; Roberta Senechal de la Roche. "Collective violence as social control", *Sociological Forum* (11)/97-128, 1996; "The sociogenesis of lynching" In: Brundage (ed.). *Under sentence of death: lynching in the South*, Chap Hill : University of North Carolina Press, 1997, p. 48-76; "Why collective violence is collective?", *Sociological theory* (19)/126-144, 2001; James Tucher. *The theraupetic corporation.* New York : Oxford University Press, 1999.

contra B. Isso é discutível? Não vejo como. Como pode um juiz ou júri tomar o lado de A sem ser um partidário de A contra B? Um não partidário que assume lados seria uma contradição em termos. A lei é não partidária apenas até que assuma lados. Mais ainda, quando a lei assume lados, ela o faz com toda a força do Estado – sua capacidade para violência. E o Estado é um parceiro maravilhoso para o vencedor. Quem seria mais útil? Uma vez que o Estado assume lados, a situação do perdedor fica muito difícil.

Mas a lei raramente assume um dos lados desde o começo. Um julgamento legal determina o partidarismo do Estado. A lei assume lados apenas depois que os adversários elaboram seus argumentos e apresentam provas sobre a desavença. Esses argumentos e apresentações podem levar minutos, horas, dias, ou semanas. O Japão define um extremo: porque o juiz japonês tipicamente ouve um caso particular apenas um dia por mês até que ele seja decidido, o processo pode levar vários meses. Em todo lugar o processo pelo qual a lei assume lados tipicamente leva tempo. É lento. Então eu chamo "partidarismo lento".

Talvez eu deva enfatizar que quando digo que a lei é uma forma de partidarismo, não estou falando da experiência subjetiva ou motivação dos juízes ou, onde eles existem, dos júris. Não estou dizendo que juízes ou júris se vêem como partidários ou não partidários. Muito possivelmente eles endossam a idéia jurisprudencial que a lei é fundamentalmente autônoma e neutra, e muito possivelmente eles se vêem como autônomos e neutros. Não sei o que eles pensam – o que percebem ou que desejam. Tudo o que importa sociologicamente é o que eles de fato fazem. E o que de fato fazem? Assumem lados.

A pura teoria do partidarismo aparece no meu livro *The social structure of right and wrong* ("A estrutura social do certo e do errado"). A teoria prevê e explica quem assume o lado de quem em conflitos, e em conseqüência prevê, igualmente, o lado de quem a lei irá assumir. A principal formulação é a seguinte: *o partidarimo é uma função direta da proximidade social e superioridade de um lado e a distância social e inferioridade do outro.*[10] Isto significa, por exemplo, que se um cidadão entra com uma ação contra um oficial do Estado ou uma agência do Estado como a polícia ou as forças militares – contra o Estado em si – , é mais provável que o juiz assuma o lado do Estado do que o do cidadão. Por quê? Porque o Estado é mais próximo e elevado que o cidadão. O juiz é mais íntimo do Estado (no mínimo porque o Estado é seu empregador), e o Estado é muito superior em recursos sociais do que qualquer cidadão. Se o Estado entra com uma ação contra um cidadão – como nos casos criminais, por exemplo –, a teoria do partidarismo novamente prevê que o juiz irá ficar ao lado do Estado (tal como um outro princípio relativo à vantagem das organizações sobre os indivíduos[11]). E grande evidência comprova essas previsões: casos trazidos por um cidadão contra o Estado têm menos probabilidade de vencer do que casos trazi-

(10) Black, 1998, op. cit., p. 127.

(11) Black, 1976, op. cit., p. 92-97; Black, 1989, op. cit., Capítulo 3.

dos pelo Estado contra um cidadão. A mesma teoria prevê que juízes ou júris assumirão o lado de qualquer um que lhes seja mais próximo (tal como um conhecido ou membro de um mesmo grupo étnico contra um estranho ou alguém de outra etnia) ou qualquer um que seja superior ao seu adversário (tal como alguém que é mais rico e mais respeitável que seu adversário). Embora precisemos de mais pesquisa para testar essas previsões, eu ficaria totalmente chocado se elas estivessem erradas. De pesquisa experimental sabemos, por exemplo, que em casos criminais americanos, júris brancos favorecem mais brancos do que negros e júris negros favorecem mais negros do que brancos. No entanto, a maior parte das pessoas acusadas de um crime assume a culpa de qualquer forma. Eles voltam-se contra si mesmos e tornam-se seus próprios inimigos.

Entendo que aqueles acostumados ao pensamento legal convencional devem ter dificuldade em entender a idéia da lei como partidária. Alguns podem até considerar isso absurdamente errado e ignorante. De fato, é uma idéia tão radical que dediquei grande esforço de pensamento ao tema antes de querer dizê-la em público ou publicá-la. Receava que as pessoas dissessem que eu era estúpido e não entendia nada de lei. Mas, quanto mais pensava nisso e discutia com colegas, mais me convencia que minha visão era perfeitamente sensata e correta. Estava simplesmente estendendo o conceito de partidarismo para um processo que não era convencionalmente visto dessa forma. Devo acrescentar que o partidarismo dos oficiais legais não deveria surpreender. É o papel primário das terceiras partes que intervêm em conflitos de todos os tipos.

A idéia de que a lei é uma forma de partidarismo pode ser perturbadora, assim como uma outra visão minha – a lei pode ser criminosa. A última é perturbadora porque estudiosos que pensam a lei de forma convencional a vêem como inerentemente legítima e merecedora de respeito. De outra forma não é lei no todo. Ilegalidade é a antítese da lei, e lei que é criminal é, portanto, uma contradição em termos. Mas de um ponto de vista sociológico, essa visão convencional da lei é insustentável. É até pior que errada: é de fato sem sentido. É de fato sem sentido porque pensadores da lei convencionais, como advogados e professores de direito, confundem afirmações factuais com afirmações valorativas sobre a lei – o que a lei *é* e o que a lei *deveria* ser. Por essa razão é difícil saber se estão falando de algo que de fato acontece ou de algo que deveria acontecer. Essa forma de discurso é inaceitável para os propósitos científicos.

Observe, no entanto, que a teoria da cientificidade (apresentada antes) explica por que os profissionais da lei, como advogados e professores de direito, rotineiramente confundem fatos e valores sobre a lei: sua proximidade com o objeto torna difícil para eles serem científicos. Ao contrário, continuamente assumem a existência e a operação da lei. Eles a romantizam. A reverenciam como processo sagrado. A veneram. Eles não têm maior probabilidade de serem científicos a respeito da lei do que um padre é a respeito de Deus.

Mas tenho uma grande vantagem: não sou advogado. Não sou íntimo da lei. Em conseqüência, é mais fácil para mim assumir a perspectiva do observador que a do participante sobre o objeto – ser científico. Como observador sociológico,

não avalio a lei como boa ou ruim. Não julgo a lei quando digo que ela é partidária ou criminosa. Simplesmente descrevo e explico como a lei se comporta. Mas porque advogados e outros vêem algo que é partidário ou criminoso como mal e mesmo sem o direito de ser chamado de lei ao todo, podem erradamente entender que estou sendo crítico da lei. Um indivíduo uma vez me disse, por exemplo, que meu livro *The behavior of law* ("O comportamento da lei") deveria ser chamado *The misbehavior of law* ("O mau comportamento da lei"). Ele não podia entender uma perspectiva puramente científica da lei. No entanto, eu poderia do mesmo modo ser um zoólogo estudando uma criatura na floresta ou um astrônomo estudando um cometa no céu. Para mim, a lei é apenas um dos incontáveis fenômenos cujo comportamento podemos observar, descrever e explicar.

Justo: *Se a lei é um processo partidário, vale a pena demandar mais lei em questões de injustiça social como as violações aos direitos humanos? Quais são as implicações políticas de sua teoria?*

Black: Falar de implicações políticas de qualquer teoria científica é uma contradição em termos. A ciência conhece apenas os fatos, e fatos em si não têm implicações lógicas de qualquer natureza avaliativa – sobre o que é certo ou errado ou bom ou mau. Política pública implica julgamentos de valor que estão além do conhecimento científico. Desse modo, minha visão de que a lei é partidária não tem implicações lógicas sobre o que a lei deveria ou não fazer. Não quero colocar meus valores pessoais em nome da sociologia. Acredito que tal prática seria ao mesmo tempo enganadora e irresponsável.

Mas talvez você esteja perguntando se é possível usar a teoria sociológica pura da lei (incluindo a teoria do partidarismo) para ajudar ou se opor a segmentos particulares da população. Se for isso, a resposta é sim. Meu trabalho teórico é imediatamente aplicável aos problemas práticos. Se você quer direcionar mais lei contra um segmento particular, por exemplo, você pode usar a teoria sociológica pura da lei para elaborar a estrutura de caso com maior probabilidade de vencer – para derrotar seu adversário. Em meu livro *Sociological justice* (Justiça sociológica) chamo isso de "litigação sociológica".[12] A teoria do partidarismo, por exemplo, afirma que você tem maior probabilidade de vencer se um juiz ou júri é mais próximo de você que do seu oponente. Você pode em conseqüência querer levar o caso para o seu fórum local, onde os oficiais são mais próximos de você do que do seu oponente. Porque a teoria sociológica pura da lei afirma que uma ação iniciada por uma organização tem maior probabilidade de vencer que uma ação iniciada por um indivíduo, você pode também querer encontrar uma organização para entrar com a ação por ela ao invés de entrar em seu nome. E assim por diante.

Você poderia perguntar se a teoria sociológica pura da lei é igualmente aplicável à legislação. A teoria nos diz como usar a lei como instrumento de mudança social? Podemos legalmente criar o que alguns chamariam uma sociedade me-

(12) Black, 1989, op. cit., Capítulo 2.

lhor, com menos injustiça social na vida cotidiana? A resposta depende da estrutura social do problema.

Lembre-se que a teoria sociológica pura da lei nos diz onde no espaço social as pessoas têm maior tendência de vencer ou de atrair mais severidade. Por exemplo, porque em uma sociedade a lei varia diretamente com a distância relacional e porque a lei descendente é maior que a lei ascendente, sabemos que os íntimos têm menor probabilidade de usar a lei um contra o outro que estranhos, e que inferiores sociais têm menor probabilidade de usar a lei contra seus superiores, que os superiores sociais têm de usar a lei contra seus inferiores. Se íntimos e inferiores sociais usam a lei, têm menor chance de vencer. Isso significa que a legislação tem menor impacto potencial nos direitos dos íntimos que nos direitos dos estranhos, e menos nos direitos dos inferiores sociais que nos direitos dos superiores sociais. A legislação pode então encontrar *resistência estrutural à lei* – localizações e direções sociais em que as pessoas têm menor probabilidade de usar seus direitos legais (e menor probabilidade de vencer se o fizerem).

Quando a resistência estrutural à lei é alta, o impacto da lei só pode ser baixo. Legislação dirigida a famílias, por exemplo – tal como leis relativas à violência doméstica –, inevitavelmente encontra a resistência estrutural característica de relações íntimas: as vítimas de violência doméstica têm relativamente menor probabilidade de invocar seus direitos legais (e relativamente menor chance de vencer se o fizerem). Pessoas no nível mais baixo da sociedade têm igualmente menor probabilidade de invocar seus direitos legais contra superiores sociais tais como advogados, proprietários, ou oficiais do governo. Essas localizações são difíceis de alcançar com ajuda legal. Aqui e em qualquer outro lugar, a pura sociologia da lei nos permite acessar realisticamente a capacidade da lei para mudar o mundo.

Embora a teoria sociológica pura da lei não possa dizer o que alguém *deveria* fazer, ela pode dizer o modo mais efetivo de fazer o que você *gostaria* de fazer. Pode também dizer o que provavelmente será um desperdício de esforço – onde a lei irá encontrar resistência estrutural e ter pouco impacto. Ela oferece um guia prático com o qual você pode perseguir seus interesses legais.

Justo: *O senhor tem uma outra idéia prática em "sociological justice" que eu gostaria de aprofundar aqui. O senhor a chama "minimalismo legal" – a redução da lei a um mínimo. Poderia nos dizer como o minimalismo legal se relaciona com outras propostas de redução da lei, tais como o movimento para eliminar a justiça criminal conhecido como abolicionismo penal?*

Black: O minimalismo legal é uma estratégia de reforma legal com várias aplicações possíveis. Ele se aplica à minha teoria sociológica da lei, então nesse sentido é uma forma de anarquismo sociológico. É uma redução planejada da lei.

Diferente do anarquismo tradicional como movimento político, o minimalismo legal é uma questão de grau. Ele não requer uma mudança em larga escala tal como a substituição da justiça criminal por outras formas de controle social (assim como reivindicado pelos abolicionistas penais). Ele não requer sequer a legalização da conduta que agora é ilegal. Ele poderia envolver apenas uma redu-

ção da punição ou a remoção de uma prática legal atualmente permitida aos oficiais da lei ou aos cidadãos. Nos Estados Unidos, alguns anos atrás, por exemplo, a Suprema Corte de Massachusetts aboliu a pena de morte para assegurar que a raça não seria um fator na sua aplicação. O minimalismo legal envolve a mesma lógica. Se você não gosta do modo como a lei está operando, aplique a pena de morte a ela mesma – à parte que você não gosta. É um tipo de controle social da lei raramente defendido pelos operadores do direito.

A estratégia usual de reforma legal é exatamente a oposta. A mais velha receita para uma lei aparece assim: para melhorar a lei, adicione mais lei. A lei é injusta ou ineficiente? Então dê aos oficiais da lei maior poder e use a lei ainda mais que antes. Introduza nova legislação, novas bases para processos, novas penalidades e assim por diante. Minimalismo legal envolve precisamente a estratégia oposta. Ele destrói a lei como instrumento de reforma legal.

Mais especificamente, o minimalismo legal aplica o seguinte princípio sociológico: "a lei varia inversamente com os outros controles sociais".[13] Embora saibamos há muito tempo que a lei aumenta na medida em que as formas tradicionais de controle social diminuem (um padrão descrito em *Social Control trough law*, "Controle social através da lei", de Roscoe Pound, em 1942), o reverso também ocorre. Outras formas de controle social (tais como ostracismo, violência, crítica e conciliação) aumentam na medida em que a lei diminui. Por isso, a redução da lei não necessariamente implica uma redução geral do controle social. Ela pode estimular novas formas de controle social que podem ser até mais freqüentes e severas que a lei. O que acontece depende da localização social onde a lei foi reduzida.

Em *Sociological justice* menciono o caso do Japão, onde uma estratégia de minimalismo legal foi implementada (possivelmente na maior parte de forma inconsciente) ao longo de todo o século XIX. O direito japonês é freqüentemente difícil de aplicar e ao mesmo tempo é fraco em sua aplicação, especialmente em questões civis tais como casos de quebras de contrato e de negligência. O Japão tem também poucos advogados e juízes. O país é miserável em direito. Mas a miséria legal tem aparentemente criado outras formas de controle social, incluindo vários procedimentos de conciliação e meios informais de exclusão, expulsão ou ainda de punição daqueles vistos como não merecedores de confiança ou como irresponsáveis.

Nas sociedades ocidentais como os Estados Unidos, o minimalismo legal oferece uma alternativa às práticas legais que alguns vêem como injustas, ineficientes, ou ainda indesejáveis. Considere, por exemplo, como a polícia americana por vezes lida com adolescentes que se reúnem nos cantos da rua e possivelmente incomodam os adultos: eles dispersam os garotos, não raro com linguagem agressiva e o uso da violência. Como os adultos raramente experimentam tratamento semelhante, alguns (incluindo os adolescentes) podem ver esse tipo

(13) Black, 1976, op. cit., p. 107-111.

de comportamento da polícia como discriminatório e inadequado. Uma forma de acabar com a prática seria simplesmente minimizar o contato da polícia com adolescentes em lugares públicos: disperse a polícia ao invés dos adolescentes.

Ou considere a administração de dívidas não pagas, particularmente aquelas envolvendo pequenas somas de dinheiro. Nos Estados Unidos, os chamados "tribunais de pequenas causas" foram criados há muito tempo para permitir aos cidadãos comuns entrar com ações menores sem o envolvimento e os gastos com advogados. Mas em muitos locais, as empresas têm monopolizado largamente os tribunais de pequenas causas para cobrar dívidas não pagas por indivíduos. Os tribunais têm então se tornado pouco mais que agências de cobrança de dívida financiadas pelos contribuintes. Se as empresas fossem totalmente excluídas dos tribunais de pequenas causas, no entanto, teriam de desenvolver novas formas para determinar se as pessoas deveriam receber crédito financeiro em primeiro lugar. Como os japoneses, elas teriam de decidir em quais indivíduos confiar, e teriam de desenvolver novos modos de administrar seus enganos.

As organizações atualmente iniciam uma fatia desproporcional de casos legais, tanto civis como criminais. E quando seu adversário é um indivíduo, elas normalmente ganham – o que se pode argumentar que seja uma forma de discriminação em si.[14] Embora fosse possível reduzir a vantagem das organizações em parte pela redução de seu acesso ao direito, uma outra estratégia apresentada em *Sociological justice* aumentaria, ao invés, a estatura social dos indivíduos. Chamo isso de "incorporação do conflito" – a criação de organizações para representar indivíduos envolvidos em conflitos.[15] Tais organizações (que poderiam ser chamadas "associações cooperativas legais", ou "cooperativas legais") alterariam drasticamente a estrutura social do conflito, mudando o lugar tanto dos indivíduos que entram com a ação quanto dos supostos agressores. Todo mundo com um problema legal tornar-se-ia efetivamente uma organização, reduzindo a desvantagem legal de ser uma pessoa. Como as identidades dos indivíduos ficariam ocultas nas cooperativas, elas iriam também reduzir as desvantagens legais de outros tipos, tais como as desvantagens de ser pobre, desrespeitado, ou membro de um grupo minoritário.

Mas novamente preciso enfatizar que não quero defender qualquer dessas aplicações práticas da sociologia legal. Eu me sinto até mesmo desconfortável de usar um termo valorativo do tipo "discriminação". Sou um sociólogo, não um crítico social. Para mim, o valor prático das idéias é incidental. Quero principalmente chamar atenção para a teoria que prevê e explica o comportamento da lei como um fenômeno natural. E, para além da lei, quero chamar atenção para a sociologia pura em si – uma nova ciência que promete uma compreensão melhor de praticamente toda forma de comportamento humano.

Justo: *Gostaria de trazer outro exemplo para sua consideração: como a po-*

(14) Black, 1976, op. cit., Capítulo 5; Black, 1989, op. cit., p. 41-46.

(15) Black, 1989, op. cit., Capítulo 3.

lícia lida com a população de rua em nossas cidades. Na cidade de São Paulo, por exemplo, a população de rua tem crescido desde o início dos anos 90, de modo que o contato da polícia com essa população também tem crescido. Em seus livros,[16] *o senhor diz que nos Estados Unidos "os policiais podem bater, chutar, ou ainda humilhar os moradores de rua – aqueles que estão 'abaixo e fora'". Isto também é comum no Brasil. O comportamento dos policiais em relação aos pobres no Brasil é comumente desrespeitoso e violento. Um grau substantivo de superioridade social permite aos policiais, por exemplo, chutar ou, de um modo geral, brutalizar os moradores de rua. O senhor poderia comentar um pouco sobre por que a polícia não aplica a lei nessa situação?*

Black: Por que, você diz, que a polícia não aplica a lei quando chuta ou, dizendo de outro modo, se comporta agressivamente em relação à população de rua? Do ponto de vista da sociologia pura, o policial chutando um morador de rua *é* lei. É uma forma mais severa de lei do que normalmente ocorre em outras localizações do espaço social, mas ainda é lei. O chute em um morador de rua ilustra o que acontece quando alguém ocupa simultaneamente um número de localizações sociais, todas elas atrativas à lei e à punição. Um morador de rua perde *status* social de todo tipo: é extremamente pobre, e sua integração social é extremamente baixa. Faltam-lhe posses, dinheiro, emprego, residência na comunidade, e um dependente familiar que lhe apóie. Ele não é associado a uma organização. Não tem respeitabilidade, tem um modo estranho de vida, e pode pertencer a uma minoria cultural. Provavelmente, ele é também um estranho para a maior parte dos policiais. Ele é, em resumo, uma forma de sujeira social. E como um imã social, atrai um estilo de lei altamente penal. Não apenas um morador de rua é mais vulnerável aos procedimentos formais como prisão, processo e condenação; ele também pode ser chutado, levar cacetada e ser, em geral, degradado de um modo raramente visto em outras localizações sociais. Seu tratamento oferece então um belo espécime da natureza da sociologia da lei.

Talvez eu deva elaborar a idéia do chute como lei. Entendo, afinal, que muitas pessoas como advogados e professores de direito diriam que chute por policiais é uma violação à lei, e que não pode ser uma instância da lei ao mesmo tempo. Mas pode. Falando sociologicamente, não importa se chutar é ilegal de acordo com a lei escrita. Nem mesmo importa se um caso particular de chute por um policial é tratado como crime e punido (o que é extremamente improvável). O chute ainda é lei – controle social governamental. É uma aplicação da autoridade legal. O oficial é um agente do Estado, e nesse sentido é o próprio Estado que chuta. A implicação pode ser surpreendente: *a lei pode ser criminosa.*

Novamente reconheço que quase todos os *experts* legais irão discordar. Estudiosos da lei têm dito, por exemplo, que muitas das ações oficiais do governo nazista alemão (tais como as prisões em massa, a escravização e a execução de

(16) Black, 1998, op. cit., p. 151. Para detalhes, ver Black, 1980, *The manners and customs of the police.* New York : Academic Press, p. 29-30.

milhões de judeus) não foram ações legais, foram crimes. Mas sociologicamente essas ações eram a um só tempo legais e criminais. Foram legais porque foram atos de controle social do governo alemão, e foram criminais se foram julgadas com sucesso depois da derrota da Alemanha (o que aconteceu apenas com uma pequena proporção dos envolvidos). A lei é o que de fato acontece – o que é observável –, assim como o crime. Embora a criminalidade da lei possa parecer uma contradição em termos, do ponto de vista sociológico não é. São meramente duas coisas ao mesmo tempo: controle social governamental e crime. A lei pode ser submetida à lei.

A dualidade entre lei e crime é análoga a outra dualidade comumente vista nas sociedades modernas: controle social e violência. O uso da violência por um cidadão para punir outro cidadão (tal como quando um homem mata sua mulher infiel) é uma forma de controle social, um ato de *justiça própria*.[17] Como a lei, é uma forma de justiça. Ainda que nas sociedades modernas também seja criminal. Tal violência é então tanto controle social quanto crime – parente próximo da violência, que é tanto lei quanto crime.[18]

Um sociólogo define conceitos tais como lei e crime apenas por propósitos científicos. Eles precisam ser observáveis e mensuráveis, e precisam ser fáceis de aplicar. Como podem ser usados em um contexto prático ou policial, é irrelevante sociologicamente. Mesmo a lei escrita pode não descrever adequadamente a natureza da lei e do crime. Considere um exemplo pessoal. Uma vez processei o proprietário de minha casa (que por acaso era professor de direito) por me cobrar o dobro do aluguel permitido por uma lei de controle de aluguéis (que limita o quanto um locador pode cobrar por um imóvel específico). A lei escrita dizia que o locador precisaria pagar ao locatário o triplo do prejuízo (três vezes o valor a mais cobrado) se a violação fosse intencional, mas apenas o prejuízo (o montante que foi cobrado a mais) se a violação não tivesse sido intencional. O juiz, no entanto, determinou que o locador me pagasse o dobro do prejuízo – uma resolução impossível de acordo com a lei escrita. Não reclamei porque estava satisfeito de receber mais que o simples valor do prejuízo, e o locador não reclamou porque ele devia estar satisfeito de não ter de pagar o triplo do prejuízo. A decisão do juiz foi lei? Claro. De que outra forma poderíamos chamá-la? Foi controle social governamental. O fato de que a lei escrita não permitisse a decisão não mudou o que aconteceu: eu recebi o dobro do prejuízo.

Há uma outra ilustração da realidade sociológica da lei. Nos Estados Unidos e em outros lugares, as pessoas às vezes são presas e condenadas por crimes que a polícia sabe que não cometeram. Por exemplo, a polícia americana às vezes finge encontrar drogas ilegais como maconha ou cocaína nos objetos das pessoas – conhecido como "plantar provas" – e prende o "agressor" que ela criou. Mesmo policiais admitem que às vezes seus colegas fazem isso. Antes eu achava esse

(17) "Self-help" no original – Black usa uma aplicação muito particular deste termo.

(18) Para mais detalhes, ver Back, 1998, op. cit., "Crime as social control".

comportamento difícil de compreender – por que prender alguém por alguma coisa que não fez? –, mas agora sei que isso é perfeitamente compreensível de um ponto de vista sociológico. Prova plantada é um meio eficiente de prender e punir alguém cuja localização social é altamente atrativa à lei (tal como uma pessoa pobre, marginal, desrespeitável e não-convencional) quando a polícia não tem prova de um crime. A culpa está na localização social. A falta de provas é um detalhe menor. Por exemplo, um jovem com a aparência de *hippie* contou que certa vez a polícia o parou e revistou quando ele estava pegando carona no meu bairro. Quando os policiais perceberam que ele não tinha drogas ou outros contrabandos nas suas coisas, um deles tirou um saco de maconha de seu próprio bolso e disse "acabo de encontrar isto com você". Deram ordem de prisão ao jovem e, mais tarde, ele foi condenado por "posse de maconha". Ele, portanto, atraiu lei sem violar a lei escrita. Mas ainda era lei: ele até adquiriu antecedentes criminais.

O exercício da autoridade policial é lei, independentemente do que faça. Cidadãos americanos às vezes falam da polícia do mesmo modo: "olha, aí vem a lei". Igualmente fazem os próprios policiais. Se um morador de rua reclama que o chute nele é contra a lei, por exemplo, o policial envolvido poderia responder "eu *sou* a lei". E sociologicamente ele estaria certo. Talvez ele até chute o morador de rua novamente para enfatizar seu ponto. Mas um morador de rua provavelmente não protestaria. A mesma estrutura de caso que produz o chute e outras violências policiais também reduz a probabilidade de uma ação legal ou de outro tipo contra elas. Protestos de baixo para cima são raros, especialmente contra agentes do Estado por aqueles que estão na parte mais baixa da sociedade.

Policiais americanos também ocasionalmente prendem moradores de rua por crimes que não cometeram. Por exemplo, podem prender um morador de rua por bebedeira sem qualquer prova de sua intoxicação. Mas esses homens confessam a culpa[19] de toda forma. Confessar a culpa é uma auto-aplicação da lei, e obedece aos mesmos princípios que outras aplicações da lei. Aqueles mais vulneráveis à lei têm maior probabilidade de aplicá-la a si mesmos. Moradores de rua não são, portanto apenas vulneráveis à polícia, mas também a si mesmos. Eles prontamente se condenam por crimes que não cometeram.[20]

Singer: *Prof. Black, agradecemos muito sua atenção e temos certeza de que esta entrevista será de grande interesse para sociólogos e estudiosos do direito no Brasil.*

(19) No sistema americano, antes de um caso ir a julgamento, as partes podem barganhar (*bargain*) um acordo ou uma pena mais leve; mas, se o acusado alegar inocência, o caso necessariamente irá a julgamento.

(20) Black, 1998, op. cit., p. 68-89.

8. ANTIGÜIDADE DE DIREITO CRIMINAL

8.1

AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO DE CRIMES E O UTILITARISMO NO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO

MARCO ANTONIO DE BARROS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Alguns aspectos históricos e sociais que influenciaram a edição do Código – 3. A sentida influência da Teoria do Utilitarismo – 4. O utilitarismo benthaniano – 5. A perfeita sintonia entre a teoria e os institutos do Código – 6. Má-fé (dolo): 6.1 A má-fé: questão de fato ou questão de direito?; 6.2 A má-fé e a menoridade; 6.3 A má-fé e a imprevisão do crime culposo – 7. Crimes justificáveis (excludentes) – 8. As causas de justificação no Código do Império – 9. Repulsão de um mal mais grave: 9.1 Estado de necessidade; 9.2 O balanço de bens – 10. Justificação dos crimes *em defesa* – 11. Resistência à execução de ordem ilegal – 12. A justificação do castigo – 13. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O Código Penal de 1830, editado logo após a proclamação da República, marcou época por ter acolhido vários dos princípios destacados pela Teoria do Utilitarismo, idealizada por Jeremy Bentham.

Segundo esta teoria, toda lei deve ter um destino comum: garantir a preservação da felicidade coletiva. Na medida em que o Direito Penal concretiza a superioridade do bem sobre o mal, é preciso destacar que o surgimento das causas de justificação de crimes (excludentes) contribuiu para o fortalecimento do sentimento comum de justiça.

É sempre útil reexaminar as regras do passado para melhor compreender e valorizar as regras penais do presente.

Palavras-chave: Excludentes – Utilitarismo – Código Penal do Império – Causas de justificação – Má-fé no Direito Penal antigo.

1. Introdução

Nesta pesquisa sobre as "causas de justificação" – modernamente chamadas de excludentes de criminalidade – e sobre outras questões que com elas guardam alguma relação, dirigimos nossa atenção ao estudo dos critérios adotados pelo legislador de 1830, ano em que foi promulgado o Código Criminal do Império.

Na composição deste modesto trabalho, imperioso se faz reconhecer, contamos com inestimável incentivo captado nas excelentes aulas ministradas pelo Professor Doutor Miguel Reale Júnior, no Curso de Pós-Graduação da Univer-

sidade de São Paulo, desenvolvido durante o 2.° semestre de 1999, mais precisamente sob o conhecimento da disciplina "História do Direito Penal brasileiro".

O estudo do nosso antigo Direito – ainda que tenha por base apenas um determinado instituto da ciência penal e limitado a um certo período de sua vigência – proporciona ao pesquisador projetar em sua mente um caminho antes ignorado, o qual, a um só tempo, facilita a compreensão do Direito presente e ainda serve de subsídio à necessária reflexão sobre pontos que reclamam aperfeiçoamento para melhor atender aos interesses da sociedade moderna.

Se o pequeno conjunto de idéias e pensamentos a seguir expostos produzir alguma reflexão que seja proveitosa aos estudiosos do Direito Penal, sobretudo nestes tempos em que novamente se coloca em pauta a discussão sobre a necessidade de se empreender substancial reforma do Código Penal, nos daremos por plenamente satisfeitos nesta singela empreitada.

2. Alguns aspectos históricos e sociais que influenciaram a edição do Código

As duas décadas iniciais do século XIX ficaram marcadas por movimentos que exprimiam o sentimento generalizado de que o Brasil precisava romper de vez com as tradicionais bases jurídicas ordenadas por Portugal, as quais vinham sendo mantidas entre nós ao longo do período colonial.

Já não se queria mais aplicar as regras das *Ordenações do Reino* (Filipinas, Livro V), tidas pela doutrina da época como *libri terriblis,* sobretudo porque continham disposições atinentes a crimes com definições jurídicas obscuras, tais como a heresia e a apostasia, além de prever a aplicação de penas inegavelmente severas e ainda permitir a utilização da tortura para obtenção de confissões.

Acima de tudo, as disposições das Ordenações Filipinas conflitavam com a absorção do liberalismo tão vivamente pregado pelos revolucionários franceses e norte-americanos da época, cujo sistema, até certo ponto, tinha sido acolhido pela Constituição de 1824.

É certo que o costume posto em prática na época pendia para uma outra realidade, pois *liberté, egalité* e *fraternité* não eram princípios pregados em prol de todo o povo brasileiro, mas somente em favor da sociedade civil burguesa, mais especificamente para atender aos interesses dos proprietários de terras e de escravos.

Por isso, no comum das relações sociais e no aspecto ideológico, era ainda evidente o alijamento das massas populares, visto assentar-se a base socioeconômica numa estrutura escravista. Para as elites brasileiras (burguesia agrária), o liberalismo significava apenas a desvinculação dos laços coloniais e não uma perfeita sintonia com a liberdade pessoal apregoada pelo universalismo liberal-revolucionário.[1]

(1) Sobre esse tema, ver Antonio Carlos Mazzeo. *Estado e burguesia no Brasil. Origens da autocracia burguesa*, p. 120.

De qualquer modo, a Constituição já outorgada pelo Imperador (por ato de 25.03.1824) representou um grande avanço para os costumes da época. Tome-se como exemplo o contido no seu Título VIII, que versava sobre as "disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros".

Consoante o art. 179 daquela Carta, além de outros direitos constitucionais que resguardavam a liberdade e a própria cidadania brasileira, cuja solidez principiava a ser esboçada após a declaração de independência, podemos destacar os que se seguem:

a) ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública (item 5.°);

b) ninguém pode ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o juiz, por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as (item 8.°);

c) ainda que com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei a admite, e, em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto (9.°);

d) ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita (11);

e) a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um (13), não tendo efeito retroativo a sua disposição (3.°);

f) também ficou determinado que nenhuma pena passaria da pessoa do delinqüente e aboliu-se a transmissibilidade da pena aos parentes (n. 20);

g) ainda pela Constituição, ficavam abolidos os castigos físicos refratários dos direitos humanos, tais como açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis (n. 19).

Buscando dar efetividade a esse novo clima de valorização e respeito aos direitos que hoje chamamos de fundamentais, o legislador da época ainda preocupou-se em consignar, de forma expressa, que se fazia necessário organizar, quanto antes, um Código Criminal (e o Civil também), fundado nas sólidas bases da justiça e da eqüidade (n. 18 do art. 179 da Constituição de 1824).

Nesse passo, oportuno destacar que a inserção da lei penal em nosso ordenamento jurídico contou com apoio manifesto do Imperador, D. Pedro I, autor de reiterados pedidos dirigidos à Câmara dos Deputados e ao Senado para que discutissem e votassem tal diploma.

Prova disso encontra-se na "Fala do Trono" (oração com que o Imperador abria e encerrava a sessão legislativa, denominada pela Constituição Imperial de "sessão imperial de abertura") de 03.05.1827, por via da qual D. Pedro I assim pregou:

"Não há código, não há forma apropriada às luzes do tempo nos processos, as leis são contrárias umas às outras, os juízes vêem-se embaraçados nos julgamentos, as partes padecem, os maus não são punidos (...) eu exijo desta assembléia que estas divagações sejam, aproveitando o tempo, fazendo aquelas leis, que a Constituição a cada passo nos está mostrando serem necessárias e indispensáveis para ela ser literalmente executada."

Apenas para constar, em breve resumo, em 1828 formou-se uma Comissão mista da Câmara e do Senado, a qual decidiu adotar, como base do projeto do Código, o trabalho apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcelos (havia um outro anteprojeto de autoria de José Clemente Pereira, que teve muitos de seus pontos aproveitados pela Comissão). Afinal, após dois anos de debates, o projeto foi encaminhado para ser sancionado pelo Imperador.

Aliás, nesta curtíssima resenha feita sobre personagens de vulto que se empenharam na edição do Código Criminal do Império, cabe acrescentar um parêntese para registrar que, pouco tempo após ao início de sua vigência (o Código foi promulgado em 16.12.1830 e publicado em 8 de janeiro do ano seguinte), D. Pedro I abdicou do trono (1831) e foi governar em Portugal. Como seu filho contava apenas cinco anos de idade, nos nove anos seguintes o Brasil foi governado por Regentes, até que em 1840 D. Pedro II assume efetivamente o trono.

Interessa destacar em complemento, também em poucas palavras, que um dos pontos do projeto que maior discussão gerou entre os congressistas foi o pertinente à mantença ou não das penas de morte (para os crimes comuns) e de galés (para os delitos graves). Na verdade, os debates tinham por pano de fundo os interesses econômicos dos senhores rurais. A estes interessava manter sanções como o açoite, muito utilizado para coagir os escravos e continuar a usá-los nas atividades do campo.

Por fim a burguesia venceu e assim foram aprovadas as seguintes penas: *a) morte* (arts. 38 a 43); *b) galés* (previstas para os escravos, nos arts. 44 e 45); *c) prisão com trabalho* (art. 46 combinado com o art. 49); *d) prisão simples* (arts. 47 e 48); *e) banimento* (pena prevista no art. 50, porém, não imposta a crime algum); *f) degredo* e *desterro* (penas criadas com a intenção de proteger o senhorio acusado de crime sexual, arts. 51 e 52); *g) multa* (arts. 5 a 57); *h) suspensão de emprego* (art. 58); *i) perda de emprego simples e perda de emprego com inabilidade* (para os casos de peita e suborno, art. 59); *j) açoites* (aplicável a escravos, art. 60, abolida pela Lei 3.310, de 15.10.1886).

A simples indicação das espécies de penas ditadas pelo Código Criminal do Império, a nosso ver, permitem esboçar o retrato de uma época do nosso povo. A propósito disto, valemo-nos das sábias palavras de Rudolf von Ihering: "O Direito Penal é o ponto de união por onde passam os mais finos e tenros nervos, por

onde passam as veias, e onde qualquer impressão, qualquer sensação se faz externamente perceber e notar; é o rosto do direito, no qual se manifesta toda a individualidade do povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza, em suma, onde se espalha a sua alma. O Direito Penal é o povo mesmo, a história do Direito Penal dos povos é um pedaço de psicologia da humanidade".[2]

Diante desse quadro, é válido ainda afirmar que o Código Criminal do Império, ao menos no capítulo que tratou das penas, em face das sanções cruéis que ainda manteve, negou validade ao espírito iluminista encampado pela Constituição de 1824.

Certamente ainda não se tinha firmado o entendimento hoje inquestionável, no sentido de ser a Carta Magna a Lei de maior estatura do País, pelo que não se permite a convivência com normas infraconstitucionais que a contrariem. Não foi assim naquela época.

Tal estatuto vigorou até o final do Império, sendo substituído por um outro diploma em 1890, então denominado Código Penal, editado para atender aos anseios da nova era republicana (como se sabe, a Proclamação da República foi declarada em 15.11.1889).

3. A sentida influência da Teoria do Utilitarismo

O modelo liberal adotado pelo Estado brasileiro no período imediato à declaração de sua independência, de modo geral, influenciou todo o Direito Penal ditado naquela época, dando ensejo ao surgimento de novos critérios de punição e de repressão criminal.

Do ponto de vista legal, pode-se afirmar que a nova sistemática implantada nas primeiras décadas daquele século teve o mérito de representar um grande passo da nação brasileira em direção à tutela dos direitos humanos.

Ainda que se afirme que tal medida não tenha ultrapassado os estreitos limites de uma fase embrionária, sobretudo se a compararmos com o valor que hoje se atribui a tais direitos, o certo é que, para o contexto sociocultural da época, o Código Criminal de 1830 ganhou *status* de obra jurídica merecedora de estudo por juristas e doutrinadores de outras nações mais civilizadas.

Partia-se da premissa de que um dos pilares fundamentais do Estado repousava na atividade de atender à felicidade geral, isto é, qualquer ação do governo, ou qualquer lei, devia ser dirigida no sentido de aumentar a felicidade do povo e nunca diminuí-la.

A própria Constituição de 1824 dispunha que "nenhuma lei será estabelecida sem *utilidade pública*" (art. 179, § 2.º). Essa passou a ser a linha mestra e de

(2) *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, p. 10, Trad. Tobias Barreto apud *Estudos de direito II*, "Prolegômenos do estudo do direito criminal", p. 106.

finalidade das leis em geral. Tornou-se indispensável a compatibilidade do objeto da lei com o novo sistema jurídico ordenado pela Constituição.

Foi daí que referido princípio encontrou eco e respeito em várias passagens do Código Criminal do Império, como prova, a título de exemplo, o disposto no § 3.° do art. 2.°, ao dizer que configura crime ou delito[3] "o abuso de poder... sem que a *utilidade pública* o exija". Logo se vê que toda ação de governo, ou de seus agentes, somente poderia produzir efeitos positivos quando nela estivesse presente o elemento que a caracterizasse como "socialmente útil".

4. O utilitarismo benthaniano

Esse sentido de "utilidade pública da lei" merece um comentário especial de nossa parte, se bem que conciso, pois limitado tão-somente ao âmbito do tema enfocado neste trabalho.

Pode-se dizer que o Código Criminal do Império é uma obra fortemente inspirada no chamado "princípio da utilidade", cujo dogma foi idealizado por Jeremy Bentham, renomado pensador do início do século XIX, homem dotado de muitas luzes e, por isso mesmo, prodigioso na formulação de conceitos inovadores, com os quais muito colaborou para o desenvolvimento filosófico da ciência penal.

De acordo com pronunciamento feito em meados daquele século, pela lente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Francisco Bernardino Ribeiro, "depois de Bentham as nações estão habilitadas para legislarem: as idéias de Bentham são até hoje, senhores, as balizas da ciência. Os redatores do Código Penal de Napoleão, Fodéré, Rossi, Lucas, Bavoux, esclarecem certos pontos, e quanta luz não derramarão sobre os progressos da penalidade! Mas não formarão sistema novo, nem teoria especial. Foi nessas mesmas idéias que se baseou o Código Penal Francez. Na mesma teoria se baseou o nosso Código, que podemos com ufania chamar em alguns respeitos: – a última expressão da penalidade moderna".[4]

O próprio relatório elaborado pela Comissão encarregada da redação final do Projeto do Código Criminal do Império trazia a confissão expressa de que aquele trabalho se baseara no art. 179, § 2.°, da Constituição do Império, do qual se extrai o princípio de que nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública, confissão esta vazada nos seguintes termos:

"Este princípio, que evidentemente se deduz da natureza social e abraça as suas relações, claro em si mesmo, destruidor de todos os erros a que os dogmatizadores

(3) O legislador fez questão de anotar que "crime ou delicto" eram palavras sinônimas (conforme art. 1.° do Código).

(4) Thomaz Alves Junior (bacharel em letras pelo Imperial Collegio de Pedro II, em ciências sociais e jurídicas pela Faculdade de Direito de São Paulo, lente catedrático da 2.ª cadeira do 2.° ano da Escola Militar do Rio Janeiro), em sua obra *Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal,* faz referência a esse trecho de discurso colhido na *Minerva Brasileira* (p. 46, nota 13, t. I).

têm sido conduzidos no vasto campo das abstrações, respeitado mais ou menos por todos os legisladores, ainda quando mal fixado, é o regulador do projeto."[5]

No dizer de Bentham, por "princípio da utilidade" entende-se aquele que aprova ou desaprova "qualquer ação", segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo.[6]

O foco principal desse princípio consistia na construção do "edifício de felicidade", por meio da razão e da lei. Tanto isto é verdade que o próprio autor, para se livrar de obstáculos opostos por quem se recusava a aceitar as inovadoras idéias que cercavam tal princípio, em escritos posteriores, passou a denominá-lo de "princípio da maior felicidade".[7]

Ao se referir à aprovação ou reprovação de qualquer ação, Bentham fez questão de acrescentar que pouco importava se o ato partisse de "um indivíduo particular" ou "de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes do governo".

Por força dessa observação, toda medida de governo inclui-se no contexto de produção de felicidade. Vale dizer, em qualquer das hipóteses (particular ou de governo), a ação ou medida deve se submeter a uma avaliação que a aprove ou a desaprove, segundo aumente ou diminua a felicidade da comunidade. Daí a missão dos governantes consistir em promover a felicidade da sociedade, punindo e recompensando.

Ainda sob o enfoque da utilidade, Bentham discursou sobre o prazer e a dor, asseverando que a felicidade consiste em desfrutar prazeres e estar isento de dores.[8] Para ele, a dor é uma forma de retribuição obrigatória ou necessária. Faz, porém, a ressalva no sentido de que a punição a ser imposta por conta do ato prejudicial deve ser proporcional à medida que tal ação tende a perturbar a felicidade e à medida que a tendência do referido ato seja perniciosa.

É claro que a sanção submete o punido à experiência da dor, seja ela física, moral ou psíquica. Somente o masoquista é capaz de se deleitar com o próprio sofrimento. Mas, ao comum dos homens, a punição não traz felicidade. Ao contrário, e assim também ressalta Bentham, "toda punição constitui um ato pernicioso, toda punição constitui, em si mesma, um mal".[9]

Conseqüentemente, segundo o "princípio da utilidade", a punição só se justifica se destinada a evitar um *mal maior.*

(5) Texto extraído da obra *Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal,* de Thomaz Alves Junior, t. I, p. 46.

(6) Para o conhecimento detalhado do "princípio da utilidade", recomenda-se a leitura da obra de Bentham, denominada *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.*

(7) Conforme nota de rodapé n. 1, inserida em sua mencionada obra, com a indicação de que fora feita em 1822 (p. 9).

(8) Op. cit., p. 25.

(9) Op. cit., p. 65.

Noutras palavras, se *não houver nenhum prejuízo* a evitar; ou se for *ineficaz, a* ponto de não possibilitar que se evite a ocorrência do prejuízo; ou se for *inútil* ou excessivamente *dispendiosa,* de modo que supere o próprio prejuízo que se queira evitar; ou se for *supérflua,* porque se pode evitar o prejuízo por via menos dolorosa, a punição (ou o mal que lhe é ínsito) não deve se concretizar, tudo conforme apregoou o culto pensador.[10]

Assim sendo, o sentido de justiça não pode se afastar desse critério objetivo de utilidade da medida sancionadora. Essa máxima vingou na melhor doutrina, e é com base nela que o Prof. Miguel Reale Júnior sustenta a existência de uma lei fundamental a presidir o Direito, nos seguintes termos: "é jurídico o que em sua tendência geral generalizadora é mais útil do que danoso à comunidade estatal, sendo antijurídico o que é mais danoso do que útil".[11]

5. A perfeita sintonia entre a teoria e os institutos do Código

Como se vê, as idéias desenvolvidas com o propósito de dar maior substância e aceitação ao princípio criado pelo próprio jurisfilósofo, na verdade, indicam que a finalidade suprema de toda ação de governo, ou das leis em geral, é a de promover a felicidade geral da sociedade.

Foi esse o espírito que saiu vitorioso na elaboração do Código Criminal do Império, cujo diploma, repita-se, representou grande avanço para os padrões culturais do início do século XIX. A acolhida que o legislador deu à teoria do utilitarismo resta evidente em vários dispositivos, dos quais são exemplos os que passamos a destacar nos tópicos seguintes.

6. Má-fé (dolo)

O Código sublinha as condições positivas de criminalidade no art. 2.°, assim dispondo: julgar-se-á crime ou delito toda ação ou omissão voluntária às leis penais (§ 1.°), bem como a ameaça de fazer algum mal a alguém (§ 4.°) E ao lado disto, em outros preceitos, dita as condições negativas, ora excluindo, ora atenuando a criminalidade.

O ponto inicial a destacar diz respeito à *voluntas* do agente. No campo da intencionalidade o legislador subscreveu os ensinamentos de Bentham, para quem os atos, juntamente com as suas conseqüências, constituem objeto da vontade, bem como da inteligência. Assim, a intenção de uma pessoa, em qualquer ocasião, pode ser denominada de boa ou má, quer se refira às conseqüências do ato, quer se refira aos seus motivos.

Por isso, à "consciência" pertence o que se pode e deve dizer acerca da qualidade boa ou má da intenção de uma pessoa, conforme resulta das conseqüências

(10) Op. cit., p. 65.

(11) *Antijuridicidade concreta.*

do ato; e aos "motivos" o que se pode e deve dizer a respeito de sua intenção, conforme resulta do motivo, ou seja, o motivo pode levar à *má intenção.*

Desse modo, a *ação maliciosa* consciente, da qual resulte prejuízo, é de ser punida. É o que se infere, *a contrario sensu*, de outro preceito ditado pelo Código Criminal do Império, segundo o qual "não haverá criminoso ou delinqüente sem *má-fé*, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar" (art. 3.º).

De acordo com entendimento doutrinário contemporâneo ao da vigência de referida norma, a sobredita *má-fé* corresponde ao *dolus* dos romanos *(mala voluntas)*, ou seja, é um fenômeno psicológico que representa a correspondência da volição com um fim perverso.[12]

Partindo-se então da mencionada definição de crime (toda ação ou omissão voluntária e contrária às leis penais), firmou-se o entendimento de que o elemento da *má-fé* conferia com o "conhecimento do mal", e assim significava o conhecimento da violação do direito. Mas ainda era necessária a "intenção de o praticar". Vale dizer, a *má-fé* era o conhecimento do mal e o desígnio de o praticar.[13]

Convém insistir, para melhor fixarmos o verdadeiro alcance desse *mal jurídico*, que o crime doloso ainda não tinha alcançado os termos de sua atual definição, ou seja, ainda não se conceituava crime doloso como sendo aquele praticado quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.[14] Entretanto, como apropriadamente assinalou o Prof. Tobias Barreto, jurista que brilhou perante a cátedra da Faculdade de Direito do Recife, o dolo de que fala a doutrina e a má-fé exigida como condição psicológica da delinqüência pelo art. 3.º são uma e a mesma coisa.

Então, segundo essa concepção, entendia-se por dolo a direção voluntária para a prática de um ato ilegal, com a consciência dessa ilegalidade, a que correspondem perfeitamente o *conhecimento do mal* e a *intenção de praticá-lo*, de que trata o mencionado artigo. Não é o mal moral, nem o mal físico, nem outra qualquer forma de mal; porém somente o mal jurídico, resultante da ação da vontade individual contra a vontade geral expressa na lei.[15]

6.1 A má-fé: questão de fato ou questão de direito?

A bem da verdade, é preciso consignar que o preceito em espécie transformou-se em verdadeira *vexata quaestio* por não encontrar segura inteligência na

(12) João Vieira de Araujo (lente catedrático de Direito Criminal, na Faculdade de Direito do Recife e juiz de direito avulso), *Codigo Penal commentado theorica e praticamente*, p. 210-211.

(13) Thomaz Alves Junior, op. cit., t. I, p. 153.

(14) Conforme dispõe o art. 18, I, da Nova Parte Geral do Código Penal (1984).

(15) Tobias Barreto, *Estudos de direito II.* "Prolegômenos do estudo do direito criminal", p. 129.

jurisprudência da época. Sobretudo na solução dos crimes de competência do Júri, a constatação da *má-fé,* diante da diversidade dos casos concretos, tornou-se um grande dilema e fonte geradora de incerteza dos julgados.

As dúvidas de interpretação que pairavam sobre o dispositivo, notadamente em relação ao juízo de avaliação sobre a existência do "conhecimento do mal e intenção de o praticar" (elementos da *má-fé*), não raro contribuíram para um resultado absolutório imerecido.

Com o transcurso do tempo cresceu o debate sobre o teor de complexidade que os termos do art. 3.° representavam para a perfeita compreensão dos jurados, visto que essa prática, segundo o consenso doutrinário daquela época,[16] vinha gerando decisões que não contavam com a aprovação da sociedade. Foi daí que ganhou forças o questionamento sobre ser, ou não, necessária a formulação do seguinte quesito ao conselho: *O réo praticou o facto tal com conhecimento do mal e intenção de o praticar?*

Impunha-se dar um basta à incerteza que esse quadro gerou no âmbito do Judiciário. Até porque as dúvidas e críticas avolumavam-se a passos largos, chegando a envolver outras questões não menos importantes do Código. É o que podemos constatar na fala sempre aguda de Tobias Barreto, ao fazer alusão à correlação que passou a ser admitida entre o disposto no referido art. 3.° com as disposições do art. 10, cuja reprodução entendemos por bem fazer nesse momento:

"Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

§ 1.° Os menores de quatorze annos.

§ 2.° Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos e nelles commetterem o crime.

§ 3.° Os que commeterem crimes violentados, por força ou por medo irresistiveis.

§ 4.° Os que commetterem crimes casualmente no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com atenção ordinaria."

Tobias Barreto incrementou o debate apresentando o seu entendimento após formular a seguinte indagação:

"A *criminalidade* só chega até onde chega a *má-fé?*

"Uma e outra são idéias que se cobrem, que se ajustam em todos os pontos, como dois círculos, que têm igual diâmetro? Sim, ou não. No caso negativo, o princípio do Código é falso, ou pelo menos incompleto; no caso afirmativo, é o Código mesmo quem se incumbe de refutar a sua proposição, uma vez que, na parte especial, trata de crimes nos quais a *má-fé* não acompanha todos os momentos da delinqüência...

"Costuma-se dizer, e é hoje ponto assentado, que o art. 3.° não envolve questão de fato, mas de direito, e que a doutrina nele exarada se acha reproduzida nos

(16) Nesse sentido, Thomaz Alves Junior, op. cit., t. I, p. 154-155.

arts. 10 e 13. Não há, no gênero, maior contra-senso. No art. 10 estão, por exemplo, compreendidos os loucos, como livres de imputação criminal; a apreciação da loucura, em qualquer de suas formas e sintomas diferentes, envolverá porventura o que se costuma chamar uma *questão de direito?* Pergunto só para rir-me, visto que não há quem hesite seriamente em contestá-lo. Se, porém, me objetam que, não obstante o art. 3.º encerrar mera doutrina, são todavia as disposições do art. 10 que contêm aplicações positivas, resta sempre a demonstrar, por que processo *mágico* – pois *lógico* não existe –, uma questão de direito naquele, sendo *reproduzida* neste artigo, se converte de repente em uma questão de fato.

"Além disso, importa ainda notar uma outra inexatidão da teoria corrente. Se o art. 10 reproduz, como se diz, a doutrina do art. 3.º que exige, como condições de imputabilidade, o conhecimento do mal e a intenção de o praticar, é difícil de compreender a aplicação deste princípio à hipótese do § 3.º daquele mesmo artigo. Porquanto os 'violentados por força ou por medo irresistível' têm conhecimento do mal que praticam mau grado seu; isto mesmo está contido no próprio conceito da violência. Não existe, pois, em tais casos a pressuposição de completa ausência de *má-fé,* segundo o Código definiu-a; e é um erro, por conseguinte, afirmar categoricamente, sem reserva e distinção alguma, que o princípio do art. 3.º se acha especificado nas hipóteses do art. 10."[17]

Indubitavelmente aflora, pela simples leitura desse texto, a dimensão das sérias conseqüências que advinham da apresentação da indagação que vale a pena repetir:

O réo praticou o facto tal com conhecimento do mal e intenção de o praticar?

Pois a resposta a dito quesito transformou-se em motivo de sério risco para segurança da Justiça, tanto que foi afinal expurgado da praxe forense, consoante entendimento majoritário da jurisprudência firmado com base na seguinte ementa: "Constitue nullidade a irregularidade do quesito sobre justificabilidade do crime" (Ac. Rel. Rio de Janeiro, 24.07.1877, *O direito,* vol. XIV, p. 157).[18]

6.2 A má-fé e a menoridade

Outro ponto interessante que permite uma rápida menção neste contexto diz respeito à inimputabilidade do menor (art. 10, § 1.º), a qual não se afirmava como sendo uma presunção *juris et de jure* de absoluta imunidade, tanto que admitia prova em contrário, ou seja, uma vez provado que o menor de quatorze anos cometeu o crime obrando com discernimento, deveria ser recolhido à casa de correção, pelo tempo que o juiz determinasse, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de dezessete anos (art. 13).

(17) Tobias Barreto, *Estudos de direito II,* "Menores e loucos", p. 46-47.

(18) Anotação sobre o julgado extraída da citada obra de João Vieira de Araujo, vol. 2, p. 40.

Logo, ao menos em tese, a lei permitia a punição de criança na esfera criminal. Mas essa amplitude encontrou certa resistência da jurisprudência, tanto que já se decidia que "o menor de 7 anos, tratando-se de infante, por sua tenra idade, não podia ser julgado criminoso" (*Revista Jur. dos Trib. III*, p. 234, 14.12.1864).[19]

Ainda pertinente a esse assunto, confira-se a ementa da seguinte decisão: "Para que possa ser julgado no juízo da formação da culpa isento de responsabilidade o réo maior de 13 anos, e menor de 14 deve ser provada a *causalidade* do crime, e que *obrou sem discernimento*" (Ac. Rel. São Paulo, 13.08.1875).[20]

Releva consignar que o artigo e parágrafo enfocados excluem a aplicação de penas a menores. Porém, é de ser feita a ressalva de que seus bens ficam sujeitos à satisfação do *mal* causado (nos termos do art. 11).

Ora, à época do Código Criminal do Império, vigorava o princípio de que o mal causado pela prática de um crime não é somente de natureza *moral,* mas abrange também o *dano causado,* quer seja social, quer seja individual. Por isso a sociedade tinha necessidade de satisfazer a ambos. Como a imposição de pena ao menor é vedada, já que ele não pode ser considerado agente responsável de um *mal moral,* admite-se a imposição da reparação do dano, ou do *mal material causado,* com o que se satisfaz parte da finalidade do Direito Penal.

Poderíamos continuar discorrendo sobre outras "causas de não imputabilidade", variando os argumentos para mencionar, como, por exemplo, a situação dos loucos de todo o gênero, que também "não serão julgados criminosos", salvo se tiverem "lucidos intervallos e nelles commetterem" o crime (cf. § 3.° do art. 10). Todavia, isto demandaria uma incursão sobre outras teorias que escapam dos estreitos limites do tema principal deste trabalho.

6.3 A má-fé e a imprevisão do crime culposo

Se o art. 3.° – que como vimos versa sobre a *má-fé* – traz em si a definição de dolo, nenhuma alusão ele faz à culpa em sentido estrito. Com efeito, o crime culposo foi ignorado pelo legislador do Império. A disposição que mais se aproximou dessa modalidade de delito encontra-se no art. 18 e seu § 1.°, que define como circunstância atenuante do crime o fato de "não ter havido no delinqüente pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar".

Mas este último dispositivo estava muito distante de uma definição aceitável de crime culposo. E tal omissão não passou incólume ao azedume doutrinário, como podemos observar no seguinte comentário feito por Tobias Barreto: "o § 1.° do art. 18 tem sido e continua a ser uma fonte inesgotável de disparates na aplicação penal. A não-existência de *pleno* conhecimento do mal e *direta* intenção de o praticar, a que ele se refere, é uma hipótese de difícil verificação, que

(19) Ver obra de João Vieira de Araujo, vol. 1. p. 270.

(20) João Vieira de Araujo, op. cit., vol. 1, p. 280.

acabou por degenerar em uma espécie de *lugar-comum* de advogados medíocres e juízes ineptos".[21]

Somente após ultrapassados quarenta anos de vigência do Código Criminal do Império é que o legislador, por força da Lei de 20.09.1871, inseriu naquele diploma os chamados crimes "meramente culposos", porém, restringindo a admissibilidade aos delitos de homicídio e de ferimento.

De todo modo, essa brevíssima referência tão-somente confirma a perfeita sintonia da lei penal com as idéias proclamadas por Bentham, bem como serve de indicativo da existência de outras causas que retiravam do julgador a possibilidade de aplicar penas, além das justificações propriamente ditas, as quais passaremos a examinar nos itens que se seguem.

7. Crimes justificáveis (excludentes)

No dizer do Código Criminal de 1830, as circunstâncias que afastam o caráter ilícito de um comportamento humano recebem a denominação de "crimes justificáveis". O legislador não se utilizou de expressões mais conhecidas como *causas de justificação* ou *causas justificativas*. Aliás, a escolha terminológica inserida no Código era defendida por alguns sob o argumento de que o preceito legal (art. 1.°, §§ 1.° a 6.°) não cuidava de causa ou circunstância que justifique o crime, mas do exercício de um direito que não pode sofrer imputação.[22]

Na legislação moderna, tais circunstâncias denominam-se "causas excludentes da ilicitude",[23] embora muitos ainda as identifiquem como "causas de exclusão da antijuridicidade".

Pode suceder que a infração penal, abstratamente descrita na legislação, em determinadas condições, dignas de verificação no caso concreto, deixe de ser violação à lei. Isto ocorre em duas situações: a) quando a ação humana não é considerada criminosa; b) no caso de ser criminosa, por razões de política criminal, torna-se isento de punição ou autor da infração.

Em tais hipóteses acham-se presentes as causas excludentes, assim ditas porque excluem a ilicitude do fato. Francisco de Assis Toledo define as causas excludentes como "autênticas normas permissivas, portanto, tipos permissivos ou *justificadores* autônomos".[24]

Assim sendo, é possível falar, *v.g.*, da existência do "tipo legal de crime" do homicídio, como também do "tipo legal justificador ou permissivo" da legítima defesa. Por força da excludente, elimina-se o caráter criminoso do fato cometido

(21) "Menores e loucos", cit., p. 90.

(22) Thomaz Alves Junior, op. cit., t. I, p. 263.

(23) Assim denominadas pela "Nova Parte Geral do Código Penal", Lei 7.209, de 11.07.1984, art. 23.

(24) *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 18.

ao abrigo dela, e desse modo o fato transforma-se em um lícito penal. Conseqüentemente, não há crime nem pena no *ato humano justificado.*

8. As causas de justificação no Código do Império

"Dos crimes justificáveis."

"Art. 14. Serão crime justificável, e não terá lugar a punição dele:

§ 1.° Quando fôr feito pelo delinqüente para evitar mal maior.

Para que o crime seja justificável, neste caso, deverão intervir conjunctamente a favor do delinqüente os seguintes requisitos:

1.°, certeza do mal que se propôz evitar,

2.°, falta absoluta de outro meio menos prejudicial;

3.°, probabilidade da efficacia do que se empregou.

§ 2.° Quando fôr feito em defesa da propria pessoa ou de seus direitos.

§ 3.° Quando fôr feito em defesa da familia do delinqüente.

Para que o crime seja justificável nestes dous casos, deverão intervir conjunctamente os seguintes requisitos:

1.°, certeza do mal que os delinqüentes se propuzerão evitar;

2.°, falta absoluta de outro meio menos prejudicial;

3.°, o não ter havido da parte delles, ou de suas familias, provocação ou delicto que occasionasse o conflicto.

§ 4.° Quando fôr feito em defesa da pessoa de um terceiro.

Para que o crime seja justificável, neste caso, deverão intervir conjunctamente a favor do delinqüente os seguintes requisitos:

1.°, certeza do mal que se propôz evitar;

2.°, que este fosse maior, ou pelo menos igual ao que se causou;

3.°, falta absoluta de outro meio menos prejudicial;

4.°, probabilidade da efficacia do que se empregou.

Reputar-se-há feito em propria defesa ou de um terceiro o mal causado na repulsa dos que de noite entrarem ou tentarem entrar nas casas em que alguem morar ou estiver, ou nos edificios ou pateos fechados a ellas pertencentes, não sendo casos em que a lei o permitte.

§ 5.° Quando fôr feita em resistencia á execução de ordens illegaes, não se excedendo os meios necessarios para impedi-la.

§ 6.° Quando o mal consistir no castigo moderado que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos e os mestres a seus discipulos, ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle não seja contraria ás leis em vigor."[25]

[25] José Henrique Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, p. 168-169.

9. Repulsão de um mal mais grave

Versam os dispositivos retromencionados (art. 14 e seus parágrafos) sobre o ponto nuclear deste trabalho, e a reprodução dos mesmos foi feita com o intuito de propiciar ao leitor a oportunidade de conferir e constatar, por si próprio, a perfeita sintonia que há entre alguns dos ideais que nortearam a criação do princípio da utilidade, edificado por Bentham (ver n. 4 *retro*), e os inovadores preceitos que referido diploma legal introduziu no mundo jurídico.

É certo que o renomado pensador procedeu a classificação dos meios de justificação ou das causas justificativas, valendo-se de uma forma mais abrangente, a ponto de enumerá-las da seguinte forma: *1.ª Consentimento; 2.ª Repulsão de um mal mais grave; 3.ª Prática médica; 4.ª Defesa própria; 5.ª Poder político; 6.ª Poder doméstico.*

Na verdade, do rol de tais justificativas o Código não aproveitou o "consentimento", a "prática médica" e o "poder político".[26] Porém, ao adotar as outras três – "repulsa a um mal mais grave", "defesa" e "poder doméstico" –, concretizou de vez a subsunção do diploma penal à teoria do utilitarismo.

Essa conclusão pode ser novamente reafirmada na medida em que se verifica, desde logo, que o § 1.º do art. 14 estabelece que o crime será justificável quando for feito pelo delinqüente para evitar mal maior. Isto, sem dúvida, corresponde ao segundo meio da classificação acima anotada ("repulsão de um mal mais grave"), pois o legislador nega punição e aceita como justificável o crime, quando este tenha sido cometido para evitar *mal maior.*

(26) Sobre o desprezo destas justificativas pelo legislador da época, Thomaz Alves Jr. assim se expressou:

"Bem procedeu o legislador em não contemplar o consentimento da parte offendida, porque em these não comprehendemos que o crime deixe de ser crime em circumstancia alguma; portanto. o consentimento ou o perdão do offendido não o póde justificar nem fazer desapparecer. Se entre nós dá-se este facto é porque o Codigo reconhece duas especies de crimes, publicos e particulares, dando nestes quando afiançaveis o direito de accusação só á parte offendida, e então é claro que, abandonando esta ou desistindo, não há punição. Mas isto não é porque o offensor esteja nas justificativas do art. 14 e seus paragraphos, ampliadas por Bentham, e sim porque em tal caso não há accusação, a lei não a consagra...

"Tambem não devia apresentar como justificativa a *pratica medica,* porque, sendo o exercicio da medicina regulado por lei, a essa compete determinar quaes os requisitos que deve ter aquelle que a exerce, quaes as faltas que commette, quaes as penas em que incorre.

"Finalmente o *poder politico,* onde reside o direito de legislar, de crear a sancção e de executar a lei, não podia ser considerado na hypothese do art. 14, porque elle encerra um principio absoluto, sobre o qual se basêa toda a legislação penal" (op. cit., t. I, p. 287-288).

A sintonia se fortalece na medida em que referida justificação somente podia produzir seus regulares efeitos quando constatada a presença de uma tríplice conjugação de fatores indispensáveis, já chamados pelo legislador imperial de "requisitos", a saber: *a*) era mister que o *mal* que se buscava evitar de fato existisse (certeza do mal); b) que não houvesse outro meio prejudicialmente menor, capaz de ser utilizado no intento de evitar a ocorrência do *mal maior;* c) que o *mal* empregado representasse uma medida provavelmente eficaz.

A única diferença, por assim dizer, é que Bentham reclamava "eficácia certa" enquanto o legislador contentou-se com a "probabilidade da eficácia", o que no dizer de Thomaz Alves Jr. representava crédito para a redação do Código,[27] dada a dificuldade, senão a impossibilidade, de se obrar com certeza plena em determinadas situações concretas.

9.1 Estado de necessidade

Em verdade, referido preceito versava sobre o "estado de necessidade". E isto se evidencia nas próprias palavras de Bentham: "um remédio desta natureza é grave, quanto mais é mister que sua *necessidade* seja evidente".

Mesmo não sendo assim identificada (estado de necessidade) pelo legislador do início do século XIX, o certo é que essa causa de justificação, *mutatis mutandis,* confere com os princípios extraídos do velho brocardo romano *necessitas legem non habet* (a necessidade não faz lei). Diante do perigo, não procurado pelo agente, em busca de salvamento, pode legalmente prejudicar outrem, desde que o *mal* praticado seja menor que o *mal* evitado.

Tais condições provinham de pensamentos que predominavam entre os jurisconsultos da época, podendo ser assim resumidos: a) se não havia certeza do mal, o que então o agente visava evitar?; b) existindo outro meio de menor efeito prejudicial, não se configurava o mal menor; c) não sendo eficaz o meio empregado, é claro que também não se evitaria mal maior.

Era mister a satisfação de tais requisitos para não se infligir ao autor do fato o *mal* que a punição certamente produz. Contudo, a exigência da presença de tais condições, para efeito de se reconhecer a justificação do crime pelo estado de necessidade, sofreu críticas posteriores.

Pregava-se que "no *estado de necessidade* não tem império algum as normas jurídicas. Aí dominam como absolutas as leis animais da luta pela existência; o fato da colisão involuntária de dois direitos, das duas vidas, não revela *temibilidade* alguma em qualquer das duas partes empenhadas nela; por isso a sociedade não tem razão de desejar antes um êxito que um outro",[28] como sucede na legítima defesa, em cujo caso o interesse do ofendido coincide com o interesse social, que é o de sua própria sobrevivência.

(27) Op. cit., t. I, p. 266.

(28) João Vieira de Araujo, op. cit., vol. II, p. 26.

Essa falha torna-se ainda mais expressiva no pensamento crítico de Candido Motta Filho, na medida em que a norma em comento não apresenta solução para os conflitos de bens de idêntico valor, como se dá no exemplo da tábua de salvação.[29]

9.2 O balanço de bens

Nem por isso, entretanto, perdeu a regra a conotação que lhe foi atribuída, isto é, de ser inovadora e de representar um grande avanço para a ciência penal, tendo em vista os padrões culturais e socioeconômicos da sociedade daquela época.

Aliás, como bem ressalta o Prof. Miguel Reale Júnior, o Código Criminal do Império teve a primazia de antecipar o acolhimento da teoria de balanço de bens, cujo princípio foi inicialmente traçado no século passado, por Binding – que defendeu a legitimidade da ação realizada em situação de necessidade, por ser legítima a ação que salvaguarda o bem de maior valia –, depois desenvolveu-se nos estudos dos penalistas franceses Moriaud e Marchand – que o tomaram como critério para solução de situações de necessidade, nas quais o sacrifício de um dos bens é imprescindível à salvação do outro –, e mais tarde ganhou plena acolhida na Alemanha, por meio de sua aplicação jurisprudencial.[30]

Para Candido Motta Filho, a adoção da teoria objetiva do balanço de bens pelo Código de 1830 é fruto da influência da filosofia utilitarista de J. Bentham, segundo a qual a virtude está no sacrifício de um interesse menor a um interesse maior; de um interesse momentâneo a um interesse durável, de um interesse duvidoso a um interesse certo.[31]

É certo, porém, que a redação do dispositivo (§ 1.° do art. 14) deixava um caminho aberto para eventual instalação do debate, notadamente na situação concreta em que fosse necessário sopesar direitos ou interesses individualizados postos em choque, para daí qualificá-los como sendo um *mal maior* e outro *mal menor*.

Com efeito, o critério legal de valoração dos bens é vago e inseguro. Por isso que a doutrina moderna reformulou essa dogmática, e aí se impõe o entendimento abalizado de Miguel Reale Júnior, segundo o qual um mal será tido como inferior a outro levando-se em consideração não só a pena que é cominada a ambos, mas, também, a natureza dos males, tendo em vista os fatores particulares e ético-sociais em que se dá o conflito.

O decisivo, como acentua o culto professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é o caso particular. "Os bens não podem ser confrontados

(29) *Do estado de necessidade*, p. 138.

(30) *Teoria do delito*, p. 243-247.

(31) *Do estado de necessidade*, p. 135 (remissão a J. Bentham, *Traité de legislation civile et penale*, t. I. p. 29).

apenas em face da fria disposição legal, considerados isoladamente da circunstância em que se dá o conflito, e independentemente dos seus titulares. A sanção imposta não pode servir como critério através do qual se valorem bens em conflito, pois constitui um critério abstrato".[32]

10. Justificação dos crimes *em defesa*

No *codex* em exame (art. 14), ainda se encontram as justificativas dos crimes "em defesa" da própria pessoa ou de seus direitos (§ 2.°); "em defesa" da família do delinqüente (§ 3.°) e "em defesa" da pessoa de um terceiro (§ 4.°).

O elemento subjetivo que comanda tais causas de exclusão do ilícito (ou de antijuridicidade) consiste na indispensável intencionalidade de se defender, que os romanos chamavam de *animus defendendi.* Na luta biológica pela perpetuação da espécie, para salvar a sua vida, ou a de outrem, ou ainda salvar os seus bens, o homem tem o direito de reagir contra o seu agressor, ainda que de modo violento.

Cuida-se de um direito natural, próprio da natureza racional do homem. Na classificação dada por Bentham, acima mencionada, a "defesa própria" aparece como 4.ª justificativa, e, de acordo com o seu pensar, a sociedade, no progresso de suas idéias e instituições, pode enfraquecer a sua prática, limitar o direito de defesa, nunca, porém, riscá-lo dos Códigos, porque assim procedendo o legislador se tornaria cúmplice dos maus.

Vejamos então alguns dos seus aspectos.

A defesa da própria pessoa, ou a defesa em prol de seu familiar, ou, ainda, a defesa de seus direitos (§§ 2.° e 3.°), tornava justificável o crime, desde que presentes três requisitos, a saber: *a*) a certeza do mal que se pretende evitar; *b*) a falta absoluta de outro meio menos prejudicial; *c*) não ter o autor do fato, ou seu familiar, agido de forma provocativa nem praticado delito que desse causa ao conflito.

Exigia-se que a certeza do mal que se quer *evitar,* isto é, se o mal já passou não se falava "em defesa", mas em vingança, o que já não era mais tolerado pelo legislador.

Por outro lado, o requisito assinalado na letra *b* acima demarcava os limites da defesa, ou seja, esta não devia ultrapassar a força do ataque, ou, por outras palavras, exigia-se a moderação no agir e o excesso não era permitido.

Já o terceiro requisito (letra *c*) combinava com a exigência de ser a agressão injusta, não provocada.

Com relação ao crime realizado em defesa da pessoa de um terceiro (§ 4.°), é de assinalar, primeiramente, a frase dita por Bentham: "Convém à salva-

(32) *Teoria do delito*, p. 251-252.

ção comum que todo o homem de bem se considere protetor natural de seu semelhante".

A justificação em tela surgiu na história como complemento da legítima defesa própria. Para ser reconhecida, no caso do Código Criminal do Império, a justificativa reclamava a satisfação de quatro requisitos, a saber: a) certeza do mal; b) falta absoluta de outro meio menos prejudicial; c) eficácia da medida; d) que o mal que se pretendia evitar fosse maior ou pelo menos igual ao que se causou.

Destes, três já foram comentados acima. O único requisito ainda não abordado é o referido na letra *d*, ou seja, que o mal que se pretendia evitar fosse maior ou pelo menos igual ao que se causou. Repete-se, neste caso, a possibilidade de se formar a discussão em torno de como sopesar e distinguir adequadamente, num caso concreto, dentre os males conflitantes, o que fosse maior, ou menor, ou igual a outro.

Há mais uma causa justificadora dos crimes praticados "em defesa". Como nota complementar ao § 4.° do citado art. 14, o legislador diz que reputar-se-á "em defesa própria ou de um terceiro o *mal* causado na repulsa" à invasão da propriedade (ou na tentativa desta), fora dos casos permitidos em lei. Deduz-se, então, que a justificativa não prevalecia nos casos em que a entrada era permitida por lei. De se notar, ainda, que a norma permissiva justifica o *mal* (repulsa) que é cometido com o fito de evitar outro *mal* (invasão), o que, de forma reiterada, confirma a aplicação da teoria do utilitarismo.

Sobre a estrutura da legítima defesa assim caracterizada, ou seja, como causa justificativa de caráter geral ou simplesmente ser uma excludente genérica, visto que ultrapassados os limites de sua restrita referência ao crime de homicídio, acompanhando o pensamento de Miguel Reale Júnior, podemos acrescentar que a opção adotada pelo legislador convergiu para a construção de diversos tipos de legítima defesa, pois, enquanto no art. 14, §§ 2.° e 3.°, cuidou-se de estabelecer os requisitos da defesa própria da própria pessoa ou de seus direitos ou em defesa da família, no § 4.° do mesmo artigo explicitaram-se os requisitos da legítima defesa de terceiro.[33]

Convém assinalar, ademais, que o legislador do Império não se utilizou da expressão "legítima defesa", tão usual no Direito atual, a ponto de ser identificada como verdadeiro sinônimo de excludente de ilicitude (ou de antijuridicidade).

A propósito disto, o Prof. Reale indaga: por que não bastaria a locução genérica "legítima defesa"? E ele próprio a responde dizendo que a inclusão de dados característicos da situação de legítima defesa é exigida como valoração do real. Além da necessidade de defesa como natural do homem, requer-se a quem age em defesa própria, mas subsidiariamente em defesa da lei, que use dos meios necessários com moderação.[34]

(33) *Teoria do delito*, p. 219.
(34) *Teoria do delito*, p. 220.

Lembre-se, afinal, que, uma vez formulada a alegação no sentido de ter sido o crime praticado "em defesa", impunha-se apresentar quesito específico ao "jury" sobre a justificação do crime, sob pena de nulidade da decisão. É o que se extrai da jurisprudência: "É nulidade não se ter feito quesito de justificabilidade do crime, quando do interrogatório do réo consta ter sido alegada em defesa" (Ac. Rel. São Paulo, 17.12.1875, *O direito,* vol. IX, p. 567).[35]

11. Resistência à execução de ordem ilegal

Será o crime justificável e não será punida a ação quando feita em resistência à execução de ordens ilegais, desde que não excedidos os meios necessários para impedi-la (é o que se extrai do § 5.° do art. 14 do Código Criminal do Império).

Para melhor compreensão dessa causa de justificação é mister entender o que são ordens ilegais, e é o próprio Código que nos oferece a definição nos seguintes termos: "São ordens e requisições illegaes as emanadas de autoridade incompetente, ou destituídas das solemnidades externas necessarias para a sua validade, ou manifestamente contrarias á lei" (art. 143).

Destarte, se um mandado de prisão fosse expedido pelo juiz de paz, a ordem não poderia ser cumprida em face da incompetência de tal autoridade (Lei de 03.12.1841). De outro vértice, se o mandado de prisão apresentasse algum vício formal (não declarar o crime, não for escrito pelo escrivão e assinado pelo juiz, não for dirigido ao oficial de justiça etc.), não devia ser executado. E se a ordem for *contra legem,* evidente que também não deverá ser atendida.

O exercício do direito de defesa, em qualquer dessas hipóteses, é perfeitamente claro e justo, pois o próprio Código não só pune quem expede ou faz requisição ilegal, como quem a executa (art. 142). A única ressalva feita sobre esse direito diz respeito ao emprego de meios necessários que visam impedir o cumprimento da ordem, visto que o excesso, cometido no caso de resistência, afasta a justificativa.

12. A justificação do castigo

Também não se pune o *mal* causado pela aplicação de castigo moderado que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos e os mestres a seus discípulos, desde que a "qualidade" do castigo não contrarie as leis em vigor (§ 6.° do art. 14 do Código Criminal do Império).

O dispositivo em questão abraça a sexta justificativa relacionada por Bentham, denominada "poder doméstico". Por essa causa defendia-se a existência do poder

(35) João Vieira de Araujo, op. cit., vol. II, p. 40.

legítimo de fazer mal para reprimir o mal, próprio do exercício da autoridade conferida ao pai, ao senhor e ao mestre que podiam castigar o filho, o escravo e o discípulo. O mal infligido a um destes era chamado de castigo.

Tal justificativa corresponde ao que hoje denominamos de "exercício regular de direito".[36] Cada uma dessas pessoas exercia a *potestas* em relação a filhos, escravos e discípulos, e, por via de conseqüência, gozavam de amparo legal para aplicar-lhes os corretivos necessários e moderados.

A redação desse parágrafo, num certo ponto, provocou discussões no que tange à interpretação do que seja "castigo moderado", visto que indefinido na lei, o que dava ensejo a contestações. Mas a justificação não seria confirmada no caso de exercício irregular do direito, ou seja, quando o castigo, ainda que aplicado de forma moderada, fosse contrário às leis em vigor. Nesse sentido, vejamos o exemplo citado por Thomaz Alves Junior: "Se pelo regulamento da instrução pública são proibidos castigos corporaes, o mestre que os infligir com toda a moderação não pode justificar-se, porque o castigo, embora moderado, teve uma qualidade que a lei proibia".[37]

13. Conclusão

Feita esta perfunctória análise sobre alguns pontos relevantes do Código Criminal do Império, mister reconhecer que desse emaranhado de conceitos jurídicos e normas que marcaram época no Direito Penal brasileiro sobressai uma lição de marcas profundas, que pode ser assim sintetizada: os objetivos visados pelo Direito Penal e conseqüente legislação não se prendem tão-só à aplicação mecânica de instrumentos sancionadores, mas se afinam com o escopo de acomodar o direito de punir estatal a um critério superior de utilidade da própria punição, absolutamente compatível com o sentimento comum de justiça.

Em outras palavras, a ciência penal, assim como já demonstraram os cultores do Direito do século XIX, está impregnada de um cunho filosófico que pressupõe a sua valorização como instrumento útil e necessário no combate que se trava contra o crescimento do mal.

Nesse sentir, a punição do indivíduo só tem sentido se for eficaz e se dela for possível tirar proveito para a sociedade.

Por isso, as causas de justificação – ou as excludentes – contemplam a garantia de liberdade do homem ao expurgar a ilicitude do ato. Afinal, tudo isto bem revela a sublime missão do Direito Penal, qual seja a de efetivar a supremacia da felicidade coletiva, isto é, concretizar a superioridade do bem sobre o mal.

(36) Cf. art. 23, III, segunda parte, da Nova Parte Geral do Código Penal.

(37) Op. cit., t. I, p. 285.

Bibliografia

ALVES JUNIOR, Thomaz. *Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal.* Rio de Janeiro : Ed. Francisco Luiz Pinto & Cia., 1864. t. I e II.

ARAUJO, João Vieira de. *Codigo Penal commentado theorica e praticamente.* Rio de Janeiro : Laemmert, 1896. vols. I e II.

AZEVEDO, Vicente de Paula. "O centenário do Código Criminal". *Revista Justitia* 109/19-37, 1980.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito II.* Sergipe : Record, 1991.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.* Trad. Luiz João Baraúna. Coleção Os Pensadores. São Paulo : Abril Cultural, 1974. vol. XXXIV.

CÂMARA, José. *Subsídios para a história do direito pátrio.* Rio de Janeiro : Serviço Gráfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 1954.

CASTRO, Viveiros de. *A nova escola penal.* Rio de Janeiro : Livraria Moderna, 1894.

DONNICI, Virgílio. *A criminalidade no Brasil (meio milênio de repressão).* Rio de Janeiro : Forense, 1984.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal.* São Paulo : Max Limonad, s.d. vol. I.

MAZZEO, Antonio Carlos. *Estado e burguesia no Brasil. Origens da autocracia burguesa.* Belo Horizonte : Oficina de Livros, 1989.

MOTA FILHO, Candido. *Do estado de necessidade.* São Paulo, 1938.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica.* São Paulo : Jalovi, 1980.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta.* São Paulo : Bushatsky, 1974.

———. *Teoria do delito.* São Paulo : RT, 1998.

SARAIVA, José Hermano. *História concisa de Portugal.* Mira-Sintra : Publicações Europa-América, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão.* Rio de Janeiro : Forense, 1984.

9. JURISPRUDÊNCIA

9.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

9.1.1

PORTE DE DROGA PARA CONSUMO IMEDIATO. ATIPICIDADE

ALBERTO ZACHARIAS TORON

ENTORPECENTES. Posse para uso próprio. Inexistência do crime ou, de qualquer sorte, de prova indispensável à condenação. *Habeas corpus* deferido por falta de justa causa.

Ementa: 1. É mais que razoável o entendimento dos que entendem não realizado o tipo do art. 16 da Lei de Entorpecentes (Lei 6.368/76) na conduta de quem, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, incontinenti, a consome: a incriminação do porte de tóxico para uso próprio só se pode explicar – segundo a doutrina subjacente à lei – como delito contra a saúde pública, que se insere entre os crimes contra a incolumidade pública, *que só se configuram em fatos que "acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado grupo de pessoas" (Hungria).*

2. De qualquer sorte, conforme jurisprudência sedimentada, o exame toxicológico positivo da substância de porte vedado é elemento essencial à validade da condenação pelo crime cogitado, o que pressupõe sua apreensão na posse do agente e não de terceiro: impossível, assim, imputar a alguém a posse anterior do único cigarro de maconha que teria fumado em ocasião anterior, se só se pode apreender e submeter à perícia resíduos daquela encontrados com o outro acusado, em contexto diverso.

HC 79.189-1-SP – 1.ª T. – STF – j. 12.12.2000 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – *DJU* 09.03.2001.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da 1.ª T. do STF, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Brasília, 12 de dezembro de 2000 – MOREIRA ALVES, Presidente – SEPÚLVEDA PERTENCE, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Sepúlveda Pertence*: Defensora Pública da União perante a Justiça Militar, a impetrante requer *habeas corpus* em favor de soldado do Exército, contra decisão do STM que – provendo recurso do Ministério Público da decisão de primeiro grau que a rejeitara – recebeu a denúncia contra ele oferecida pelo delito do art. 290 do CPM.

Esta a denúncia, oferecida contra o soldado Serinho e o paciente, soldado Bosísio – f.:

"No dia 3 (três) de outubro de 1998 os ora denunciados, quando de serviço naquela Unidade Militar, portaram e consumiram substância entorpecente – maconha –, sendo que, em conjunto no período da tarde e somente o Sd. Serinho, no período notur-

no, ocasião em que se realizou o flagrante da prática do ilícito, pelo Sgt. Stéfano.

Segundo o apurado, os denunciados acertaram, por ocasião do almoço naquela OM, para o final da tarde, o consumo da substância entorpecente trazida para o quartel pelo Sd. Serinho. Por volta das 17 horas, do dia 03.10.1998, o Sd. Bosísio e o Sd. Serinho encontraram-se para fazer uso da substância entorpecente, próximo ao lixo do batalhão, no interior daquela Unidade Militar, e, efetivamente, portaram 'um cigarro de maconha'.

No mesmo dia, no período noturno, o Sd. Serinho, por volta das 21 horas, no desenvolvimento de sua conduta delituosa de porte de entorpecente, resolveu, novamente, fazer uso da substância proibida, próximo ao Pavilhão do Departamento de Educação Física, no interior da Unidade Militar, ocasião em que foi abordado pelo Sgt. Stéfano, que, percebendo a ocorrência do ilícito, encaminhou o Sd. Serinho para um alojamento na OM, para averiguação, sendo certo que o fato da apresentação do militar foi presenciado por outros militares que confirmaram a suspeita do Sgt. Stéfano, sendo testemunhas da lavratura do auto de prisão em flagrante.

A substância entorpecente foi objeto de exame químico sumário do Reagente de Duquenois, realizado no 2.° Batalhão de Polícia do Exército e de laudo de constatação, elaborado pelo Instituto Médico Legal/SP, nos quais se constata a natureza do entorpecente: 'Resultado: Itens A/B – Positivos para os Cannabinoides componentes da *cannabis sativa L* (maconha)'.

No auto de prisão em flagrante, os militares, ora denunciados, confessam *in totum* suas condutas, informando que consumiram a 'maconha', ou seja, trouxeram consigo, portaram a substância entorpecente para dela fazer uso.

Assim, voluntariamente os denunciados praticaram o delito de trazer consigo, ainda que para uso próprio, substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar."

De sua vez, aduz o acórdão questionado, na parte nuclear de sua fundamentação – f.:

"Em que pese o brilho da argumentação exposta pela eminente magistrada de 1.° grau, aliás respaldada em julgados da Justiça Comum arrolados em seu *decisum*, entendo que, no presente caso, é de dar-se acolhida à irresignação ministerial.

Em primeiro lugar, em abono do posicionamento que ora adoto, está a circunstância de que a denúncia atribui explicitamente ao soldado Bosísio não só a conduta de consumir, como também a de portar, esta última evidentemente consentânea com a expressão 'trazer consigo', a qual, por sua vez, induvidosamente, faz parte do núcleo do tipo penal descrito no art. 290 do CP. É o que se vê no seguinte fragmento, *in litteris*:

'No dia 3 (três) de outubro de 1998, os ora denunciados, quando de serviço naquela Unidade Militar, portaram e consumiram substância entorpecente – maconha – sendo que, em conjunto no período da tarde e somente o Sd. Serinho, no período noturno, ocasião em que se realizou o flagrante da prática de ilícito, pelo Sgt. Stéfano.'

Nesse passo, sob o ponto de vista da análise da estrutura formal da peça acusatória, nem de se falar em atipicidade, uma vez que a conduta atribuída ao Sd. Bosísio, ainda que em tese, guarda similitude com a figura penal descrita no art. 290 do CPM.

Em segundo lugar, ainda em favor da posição que neste caso assumo, está a circunstância de que o fato de não ter sido encontrada qualquer substância em poder do soldado Bosísio no momento em que testemunhou no flagrante não conduz necessariamente à conclusão de que não teria realizado a conduta que lhe foi atribuída na denúncia.

Ora, de logo, não é de se deslembrar que a imputação feita ao soldado Bosísio não

diz com o momento em que foi lavrado o flagrante em desfavor do soldado Serinho, mas sim com estado de tempo anterior, quando os dois, em conjunto, fizeram uso do entorpecente.

Quanto a esse ponto, conforme retratado no fragmento já antes posto em destaque, é clara e precisa a peça acusatória ao afirmar que os dois portaram e consumiram a maconha no período da tarde, enquanto somente o soldado Serinho fê-lo à noite, quando foi surpreendido e preso em flagrante.

Desse modo, não serve a assertiva de nada ter sido encontrado em poder do soldado Bosísio, no momento de sua confissão ao testemunhar na lavratura do flagrante e em que se viu acusado pelo soldado Serinho de também ter feito uso de droga, para afastar, de plano e de forma definitiva, a proposta acusatória elaborada pelo *dominus litis*."

Replica a impetração – f.:

"... pelo fato de não ter sido encontrada nenhuma quantidade da alegada maconha em poder do Sd. Bosísio, embora tenha ele admitido que fumara, não demonstra a realidade do comportamento típico descrito na norma do art. 290 do CPM. Como bem assinalou a MM. Magistrada, em decisão fundamentada, os 'verbos fumar, usar ou consumir não constituem núcleos penais', dentre os contidos no apontado dispositivo legal.

Sobre a *quaestio*, permitimo-nos ilustrar, com espeque na orientação jurisprudencial, transcrevendo, dentre incontáveis, a ementa seguinte:

'Entorpecente. Posse. Descaracterização. Acusado que, ao ser preso, já havia feito uso da droga – conduta atípica, uma vez que não se poderá falar em 'trazer consigo' aquilo que não mais existe.

Inteligência do art. 16 da Lei 6.368/76.' (*RT* 673; 352.)

Nesse mesmo sentido, aliás perfeitamente amoldado ao caso da natureza do presente, a própria Corte Superior Castrense também se posicionou, *verbis*:

'Rejeição parcial de denúncia oferecida contra dois soldados, portadores de *cannabis sativa L* e os demais acusados confessos usuários. *Impossibilidade de comprovação da materialidade e tipicidade em relação aos últimos, posto que no momento da revista procedida não portavam qualquer substância. Ademais, a conduta confessada pelos mesmos (ter fumado maconha em oportunidade anterior aos fatos) não está elencada no art. 290 do CPM. Manutenção da decisão recorrida.* Unânime' (destaque nosso). (Relator o eminente Min. José do Cabo Teixeira de Carvalho, RSE 61.792, publ. 20.10.1995.)

No caso vertente, ficou rigorosamente demonstrada a impossibilidade de apreensão da alegada substância entorpecente que fora consumida pelo paciente, haja vista que o dito uso se deu antes do momento do flagrante.

Como encontrar, por conseguinte, o suporte probatório mínimo da presença do requisito da justa causa, imprescindível ao legítimo exercício de ação penal condenatória, se na apuração de ilícitos relativos à legislação antitóxica a prova material (e *in casu*, remarque-se, inexiste) constitui elemento básico para a incriminação do agente?

Em verdade, no caso concreto, além de não existir um mínimo de indicação de que a substância examinada, a maconha – 2,7g (dois gramas e sete decigramas) – teria sido a usada pelo paciente, mas mesmo que fosse, ainda assim, a imputação do delito de posse de entorpecente se descaracteriza pela atipicidade de conduta, vez que ele, o paciente, já havia fumado a 'erva' e *nenhuma outra quantidade de droga portava consigo no momento do flagrante*."

Opinou pelo indeferimento da ordem o ilustre Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto, que aduziu – f.:

"... a denúncia narra dois momentos distintos: o primeiro deles caracteriza-se pelo fato dos dois agentes, em serviço na unida-

de militar, portarem e consumirem conjuntamente a substância entorpecente popularmente conhecida como maconha. O segundo momento, por sua vez, caracteriza-se pelo flagrante delito, ocasião em que apenas o soldado Serinho foi flagrado portando a droga.

Sustenta a impetrante que o fato do paciente apenas ter consumido ou usado a droga não caracteriza conduta típica, eis que fumar, usar ou consumir não constituem núcleos penais dentre os descritos pelo art. 290 do CPM. Assim, o fato de nenhuma substância entorpecente ter sido encontrada em seu poder, de forma a configurar o porte de droga, implicaria em ausência de justa causa para a ação penal.

As circunstâncias, todavia, não conduzem à afirmativa de ausência de justa causa para a ação penal.

Através do trecho da denúncia supracitado verifica-se que o Ministério Público Militar narra como delituoso o fato dos acusados portarem e consumirem substância entorpecente em local sujeito à administração militar.

Destaca-se, primeiramente, que o porte de droga integra uma das condutas típicas previstas pelo art. 290 do CP. Em segundo lugar, foi confessado pelo ora paciente, bastando conferir às f. dos autos, *verbis*: 'disse que (...) foi convidado pelo Sd. Serinho para fumar maconha próximo ao lixo do Batalhão. No local fizeram uso de um cigarro de maconha.'

Realmente, o flagrante delito ocorreu quando apenas o agente Serinho trazia consigo a droga, porém, tal circunstância não descaracteriza a condição do paciente de co-autor na prática delitiva, conforme bem destacou o Ministério Público:

'Ocorre que são co-autores, portanto, à luz da teoria monista adotada pelo art. 53 do CPM, devem responder pelo mesmo crime, pois se o Sd. Bosísio não praticou o núcleo da conduta 'trazer consigo', certamente a ela aderiu com sua vontade, sendo totalmente irrelevante saber se foram presos juntos ou não. A jurisprudência citada pressupõe, portanto, conduta isolada e não co-deliqüência.' (f.)

Sendo assim, é forçoso o reconhecer a existência de justa causa para a ação penal, consubstanciada em prova mínima da materialidade e da autoria do crime."

Requisitei os autos do processo condenatório.

Deles, verifiquei:

a) que, efetivamente, só o primeiro denunciado foi preso em flagrante, ocasião em que encontrados em sua posse um pequeno embrulho de maconha e resíduos da erva no bolso do uniforme; o paciente, no auto de flagrante, foi ouvido como testemunha, ocasião em que realmente admitiu que, horas antes da prisão dele, fumara um cigarro da droga, em companhia do colega preso (apenso, f.); admissão, aliás, de que se retratou em juízo (f.);

b) que tanto a constatação provisória de cuidar-se de *cannabis sativa* realizada pelo IML na data do flagrante (f.) quanto o "exame químico toxicológico", realizado no curso do processo (f.), tiveram por objeto exclusivo o material apreendido em poder do primeiro denunciado, quando de sua prisão em flagrante.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Sepúlveda Pertence* (relator): A questão da tipicidade penal da imputação dirigida ao paciente é fascinante e tem dividido os Tribunais (cf. José Silva Jr. in Silva Franco e Stoco – *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, 6. ed., RT, ns. 16.00 e 17.00, p. 1.101 *et seq.*).

De minha parte, tendo a filiar-me aos que reputam não realizado o tipo do art. 16 da Lei de Entorpecente na conduta de quem, recebendo a droga, incontinenti, a consome, de modo sequer em abstrato gerar o risco de que o faça outrem: parto de ser a figura típica cogitada um delito con-

tra a saúde pública, que se insere entre os "crimes contra a incolumidade pública", é dizer – na lição do mestre Hungria (*Comentários*, 2. ed., IX/9) –, entre aqueles que "acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado número de pessoas ou coisas".

De minha parte, não hesito, pois, em subscrever o acórdão do TACrim na ApCrim 168697, da lavra do douto Silva Franco (*Leis penais especiais...*, cit., p. 1.104), que reputa "atípico o fato porque não é punível a conduta de quem usa entorpecente".

"Como observou Vicente Greco Filho (*Tóxicos*, Saraiva, 1977, p. 99)" – prossegue o aresto –, "a lei não pune e não punia o vício em si mesmo porque não tipifica a conduta de 'usar'. O que o legislador sanciona é a aquisição, guarda ou porte de entorpecentes para uso próprio, por entender que 'o viciado quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos'. No entanto, a partir do momento em que a consome, lesiona a si próprio e sua conduta não representa mais um perigo social".

À concessão da ordem, entretanto, não é indispensável enfrentar a questão polêmica de Direito Penal.

Basta inviabilizar, no caso, a ação penal contra o paciente que a maconha submetida ao "exame químico toxicológico" foi apreendida na posse exclusiva do co-réu.

Com efeito, é patente faltar justa causa para a ação penal se, desde o início, dela não pode resultar a condenação do denunciado: é hipótese – demonstrou-o Frederico Marques (*Elementos de direito processual penal*, 2. ed., Forense, 1965, I/318, § 712), de carência da ação, por falta do interesse de agir.

É o que sucede no caso.

Dispõe a Lei 6.368/76, ao regular o procedimento criminal pelos delitos relativos a entorpecentes:

"Art. 22. (...)

§ 1.º Para efeito de lavratura do auto de prisão em flagrante e do oferecimento da denúncia, no que tange à materialidade do delito, bastará laudo de constatação da natureza da substância...

(...)

Art. 25. A remessa dos autos de flagrante ou de inquérito a juízo far-se-á sem prejuízo das diligências destinadas ao esclarecimento do fato, inclusive a elaboração do exame toxicológico e, se necessário, de dependência, que serão juntados ao processo até a audiência de instrução e julgamento."

A jurisprudência – sem discrepância de relevo – tem sido de absoluto rigor no considerar o exame toxicológico de resultado positivo do material apreendido, elemento essencial à validade da condenação (cf. Dyrceu Cintra Jr. in Silva Franco e Stoco, *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, RT, 1999, vol. 2, n. 6.01 *et seq.*, p. 1.765).

Não logrei encontrar decisão do Supremo Tribunal destoante dessa orientação uniforme da Justiça ordinária.

No que parece ser a mais recente decisão a respeito – RE 112895, 2.ª T., Rezek, *RT* 621/417 –, o eminente relator demonstrou ser igualmente firme a jurisprudência do Supremo Tribunal.

Este o voto do Min. Rezek:

"Estimo pressuposto essencial da sentença condenatória, em hipóteses como a dos autos, que se produza exame adequado da substância incriminadora – o que supõe, evidente, a necessidade de se apreender a droga. No caso em debate houve apreensão, seguida do laudo próprio, de porções outras de *cannabis sativa*, encontradas na posse de terceiro que não o recorrente – porém não da substância que motivou a ação penal contra ele.

Tanto o art. 22, § 1.º, quanto o art. 25 da Lei 6.368/76 fazem segura a necessidade de se produzir laudo de exame toxicológico do material incriminador. O primeiro dis-

positivo condiciona o oferecimento da denúncia, e até a prisão em flagrante, a verificação preliminar da natureza da droga. Determina a outra norma que o laudo definitivo seja anexado ao processo até a audiência de instrução e julgamento. O exame, portanto, é assumido pela lei como elemento indispensável para apurar a identidade do material colhido, com vistas a demonstrar a realidade do comportamento típico.

A imperiosidade do laudo já foi também reconhecida nesta Turma no RHC 62.211 (*RTJ* 114/146), que me coube relatar. Ali apreciava-se a legitimidade de sentença precoce, lavrada antes de juntar-se aos autos o laudo de exame toxicológico definitivo. Firmou-se, então, juízo de ilegalidade quanto a esse modo de proceder, resultando anulada a sentença. Referindo-me ao laudo definitivo, pude dizer, na ementa: 'Anula-se a sentença condenatória lançada em autos carentes desse indispensável elemento de informação'.

A 1.ª T., por igual, registra acórdão em proveito da pretensão do recorrente. No RHC 60.079 (*RTJ* 102/1.014), relator o Min. Oscar Corrêa, proscreveu-se denúncia por tráfico à falta do laudo pericial. O relator frisou o caráter necessário da peça, tendo-a como 'comprovação que a lei considera integrante da tipificação do delito'.

Semelhante inteligência foi também matéria de debate no Plenário da Casa ao julgar-se o RHC 55.361 (*RTJ* 82/140). A Corte, pela voz do relator, Min. Antônio Neder, assentou que o documento pericial constitui peça 'necessária para o julgamento do réu e dispensável para sua prisão em flagrante, desde que haja elementos outros que demonstrem tratar-se de tóxico a substância encontrada'. Afirmou-se mais uma vez, portanto, ser indispensável laudo definitivo para a condenação – eis que esse exame pode ser suprido por outros elementos apenas para fins de prisão flagrante.

Certo que, na espécie, não houve apreensão da substância, afastada, assim, a possibilidade de se verificar, na forma como a lei exige, seu teor tóxico proibido, conheço do extraordinário e lhe dou provimento para absolver o recorrente, à falta de prova exigida em lei."

Do precedente se verifica claramente que – da exigência da prova pericial de cuidar-se, em concreto, de "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica" –, resulta logicamente a necessidade de sua apreensão.

A apreensão da droga, contudo – escusa demonstrá-lo –, há de ser unicamente aquela efetivada em poder do acusado e não de terceiro.

Assim, no caso, nada permite afirmar – a partir da conclusão positiva da prova pericial realizada sobre o material apreendido em poder do primeiro denunciado – que de idêntica natureza e potência entorpecente fosse o cigarro que se pretende ter fumado o paciente, em contexto temporal anterior.

Embora rigorosa, a jurisprudência é sábia, tais os riscos de manipulação das provas que, por sua natureza, gera a repressão do porte de entorpecentes para uso próprio.

De tudo, defiro o *habeas corpus* para restabelecer a decisão que rejeitara a denúncia e, em conseqüência, trancar o processo contra o paciente: é o meu voto.

EXTRATO DE ATA – Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime. 1.ª T., 12.12.2000.

Presidência do Min. Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

COMENTÁRIOS

O acórdão em questão ostenta dois aspectos da maior importância: o primeiro, que consagra a atipicidade da conduta daquele que porta a droga para consumo imediato, reafirmando, inclusive, a idéia de que o consumo pretérito é, igualmente, atípico; o segundo relaciona-se com a impossibilidade de se lavrar condenação sem que se tenha realizado o competente exame químico-toxicológico, isto é, sem prova da materialidade do delito.

Quanto à primeira hipótese, embora não seja totalmente nova a posição assumida, o tema é da maior importância sob um duplo enfoque: é a primeira vez que o STF se posiciona sobre o assunto e de maneira a limitar o poder punitivo estatal. De resto, como bem destaca Damásio de Jesus, vários acórdãos de Tribunais de Justiça, com realce para o de São Paulo, e doutrinadores do porte de Ariosvaldo de Campos Pires, entre outros, já sustentavam a atipicidade da conduta daquele que usa a droga[1] e mais ainda no que concerne ao ato pretérito.

De fato, nos crimes relativos aos entorpecentes e especificamente no que toca ao art. 16 da Lei 6.368/76, o bem jurídico tutelado é a "incolumidade pública considerada em seu aspecto particular, concernente à saúde pública"[2] e, como tal, situado entre as chamadas infrações de perigo geral ou comum. Joeirando o tema, o Prof. Antonio Beristain explicita que estes tipos de delitos são "os que se referem ao público como conjunto de indivíduos, ou objetos, indeterminados; portanto, o perigo geral pode referir-se a só uma pessoa, ou coisa, mas indeterminada, como parte da coletividade".[3]

Dentro desta visão – como, aliás, bem expõe a ilustre magistrada do Estado do Rio de Janeiro e depois da Justiça Militar federal, Maria Lúcia Karan –, "há que se concluir que as infrações contra a saúde pública caracterizam-se por fatos que encerram uma possibilidade de expansão de perigo, capazes, desta forma, de atingir a um número indeterminado de pessoas, ou a pessoas determinadas enquanto parte da coletividade".[4] Noutro linguajar, poderíamos, à moda de Hassemer, dizer que se trata de crimes com "vítima difusa".[5]

(1) *Lei Antitóxicos anotada.* São Paulo : Saraiva, 1995. p. 69-70.

(2) Magalhães Noronha. *Direito penal.* 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1971. vol. 4, p. 64.

(3) *Cuestiones penales y criminológicas.* Madri : Reus, 1979. p. 304.

(4) "Aquisição, guarda e posse de drogas para uso pessoal – Ausência de tipicidade penal". *Livro de Estudos Jurídicos.* Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, n. 1, 1991. p. 129. O mesmo assunto foi abordado em sentença que foi publicada nos *Cadernos de Advocacia Criminal,* Porto Alegre : Fabris, 1988. p. 45.

(5) *Fundamentos del derecho penal.* Trad. F. Muñoz Conde e L. A. Zapatero. Barcelona : Bosch, 1984. p. 97.

Pois bem. O usuário que adquire, guarda ou traz consigo substância entorpecente, ou que determine dependência física, tem um fim especial no agir, qual seja o uso próprio que compõe o elemento subjetivo do tipo.[6]

Nessas condições, o escólio de Magalhães Drumond, embora com olhos dirigidos ao revogado art. 281 do CP, se ajusta como uma luva para demonstração da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado pelo art. 16 da lei vigente sobre drogas. Sim, porque:

"Se o crime em causa é de perigo comum e se o que principalmente caracteriza o crime de perigo comum é a indeterminação do sujeito passivo, suposto alcançável pelo malefício qualquer pessoa, não se poderia continuar considerando criminosa a ação de quem, convencido de ter consigo ou em depósito substância entorpecente, conseguisse comprovar que assim a detivesse para uso próprio, visando e atingindo assim, só a si próprio – pessoa determinada, isto, na hipótese de se não repelir desde logo a concepção de crime na ação contra si mesmo."[7]

É, definitivamente, inconciliável a punição de "trazer consigo", "portar" ou "guardar" substância entorpecente, ou que determine dependência, para uso próprio com o bem jurídico tutelado, isto é, a saúde pública, máxime nos casos em que o agente, como no acórdão em comento, consumiu a droga imediatamente. Ainda que se diga que o delito é de perigo, o fato incontornável é que a conduta, tal qual tipificada, está voltada não a punir a possibilidade de expansão, mas sim, como já dito, o próprio uso. Aliás, hipóteses de expansão do perigo vamos encontrar no art. 12 do diploma em comento quando, por exemplo, se pune o guardar a droga para vender ou fornecer ainda que a título gratuito.

Ou bem se assume que se está protegendo a saúde individual e com isto interferindo no modo de ser do indivíduo, numa verdadeira reedição do direito penal de caráter,[8] ou bem se adota uma postura despenalizadora em relação às condutas definidas no art. 16. Conquanto o acórdão em análise não chegue a tanto, é imperioso destacar, aliás, na esteira da decisão comentada, que, de fato, nossa mais abalizada doutrina afirma que "a lei não pune, e não punia, o vício em si mesmo porque não tipifica a conduta de 'usar'...".[9] Na realidade das coisas,

(6) Celso Delmanto. *Tóxicos*. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 37. Menna Barreto assinala que "a expressão 'para uso próprio' define exatamente a natureza do delito" (*Estudo geral...*, 3. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1982. p. 73).

(7) *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1944. vol. IX, n. 242, p. 140.

(8) Assim o Prof. Gerson Pereira dos Santos, ex-Presidente do TJBA, "O dependente de drogas. Perspectiva vitimológica", inserto na coletânea "Drogas. Abordagem interdisciplinar", nos *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre : Fabris, 1990. vol. 3, p. 148, e Lamo de Espinosa: "Contra la nueva prohibición: los límites del Derecho Penal em materia de tráfico y consumo de estupefacientes", no *Boletim de Información*, do Ministério da Justiça espanhol, n. 1.303, p. 12.

(9) Este é o escólio do Prof. Vicente Greco Filho no seu *Tóxicos*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 110.

porém, não é bem assim. Tanto que se o usuário for surpreendido em plena prática, isto é, "fumando" ou "cheirando" e remanescer parte da droga suscetível de exame toxicológico, poderá configurar-se o crime previsto no art. 16 da Lei 6.368, de 21.10.1976. Menna Barreto, um dos elaboradores da lei em vigor, lembra que "nenhuma dessas ações está apartada de previsão legal. Apenas é preciso que no momento da utilização do tóxico se comprove a materialidade do crime".[10]

Dizer, porém, que o uso de drogas não é punido soa, quando menos, estranho porque todas as condutas que possibilitam esta prática (adquirir, guardar ou trazer consigo) são incriminadas. Com efeito, se o usuário para consumir o entorpecente deve, em algum momento, detê-lo e essa detenção constitui crime, é evidente que o uso, ainda que por via oblíqua, é punido. Afirmar o contrário é sofismar.

A exclusão do "usar" como conduta típica deve-se menos a não punição do vício em si, já que o consumidor (para usar uma expressão em voga), se dependente, estará isento de pena por força do art. 19 da Lei de Tóxicos, do que à desnecessidade de catalogar esta conduta entre as puníveis. E isto, frise-se, tanto pela eventual ausência de materialidade (Menna Barreto) como pela circunstância de que o adquirir, guardar ou trazer consigo se encontra incriminado. O certo, sem embargo, como preleciona Soler, é que "... castigar o possuidor em tais casos constitui uma forma velada de castigar o vício...".[11]

Se, de fato, houvesse alguma coerência na asserção de que a lei não pune o vício em si mesmo (aqui não identificado com a situação de dependência), este raciocínio deveria estender-se, sem limitações, àquele que porta, guarda ou traz consigo a droga para uso próprio. Como lembra o Prof. Pietro Rodriguez no seu valoroso trabalho de doutoramento junto à Universidade Complutense de Madri, ao falar do princípio de impunidade do consumidor:

"Uns escassos instantes – os necessários para consumir a droga – não podem justificar a incriminação da posse exterior da droga pelo toxicômano ou consumidor (vale dizer, a posse da droga antes de ser consumida), por um lado, e a impunidade da posse interna (depois que a droga já tenha sido consumida), por outro."

E, com apoio em Martins Burgos, conclui:

"Proclamada a impunidade do consumidor, não se pode pretender isolar um momento do processo da toxicomania – o da posse prévia à ingestão – para constituir com ela uma entidade delitiva autônoma."[12]

(10) *Estudo geral da nova Lei de Tóxicos*, op. cit., p. 74. Neste sentido o julgado inserto na *RJTJSP* 118/528. Há, porém, decisão do TJMS admitindo a punição do uso (*RT* 570/386). Na mesma linha o voto vencido na ApCrim 8164-3 (TJSP), na *RJTJSP* 74/345.

(11) *Derecho penal argentino*. 2. ed. Bueno Aires : TEA, 1951. vol. IV, § 129, p. 614.

(12) *El delito de tráfico y el consumo de drogas*. Barcelona : Bosch, 1986. p. 225. Marino Barbero Santos, reportando-se às decisões do Tribunal Supremo espanhol (Corte de configuração semelhante ao nosso STJ), afirma que a impunidade da posse para uso próprio é a "conseqüência lógica de não se sancionar seu consumo" (cf. "El fenómeno

É fácil perceber que incriminando as condutas que antecedem o uso de tóxicos, afora a hipótese de dependência pericialmente comprovada, pune-se não apenas "o perigo social que representa a sua detenção ilegal",[13] mas o consumo propriamente dito. De qualquer modo, o acórdão da lavra do Min. Sepúlveda Pertence representa um passo importante na linha da limitação do poder punitivo estatal, sobretudo em matéria sujeita a tantos abusos.

Já no que concerne à exigência de apreensão e perícia da droga encontrada com o acusado, as considerações do acórdão são, por si sós, suficientes à percepção da insegurança que se teria, caso fosse admitida a tese contrária, isto é, a validade da perícia realizada na droga encontrada com outro acusado para se condenar outra pessoa, no caso do julgado, o paciente. Tanto é assim que, em situação na qual vários usuários são surpreendidos, cada qual com sua porção de droga, é fundamental que a perícia seja feita de forma individualizada de modo a se positivar a potencialidade lesiva da substância apreendida com cada acusado (*RJTJESP-Lex*, 98/479).

Com a possibilidade de manipulação das provas, como bem refere o acórdão, os cidadãos poderiam ficar à mercê de toda sorte de ocorrências em matéria de espúrias perseguições e verdadeiras extorsões. Daí que a prova da materialidade nestes casos não pode ser suprida pela testemunhal (*RT* 549/352) nem pela confissão do co-réu (*RTJ* 82/143 e 88/104 e TJSP, *RT* 687/290), segundo a precisa anotação do já citado Prof. Damásio de Jesus.[14]

de la droga en España. Aspectos penales". *Doctrina Penal*, Bueno Aires : Depalma, 1987, ns. 37 a 46, p. 14.

(13) Greco Filho. *Tóxicos*, op. cit., p. 111 e 113.

(14) *Lei Antitóxicos comentada*, op. cit., p. 113.