

Revista Jurídica

Escola Superior do Ministério Público

Volume 1 - n.º 1

(Janeiro a Junho/2001)



LOGODA
IMESP



EXPEDIENTE

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

(Rua Minas Gerais, 316 - Higienópolis - São Paulo/SP)

Conselho Editorial:

Carlos Alberto de Salles
Hugo Nigro Mazzilli
Luiz Otavio de Oliveira Rocha
Luiz Roberto Cicogna Faggioni
Oswaldo Henrique Duek Marques
Ricardo Barbosa Alves
Roberto Barbosa Alves

Diretor:

Rodrigo César Rebello Pinho

Assessores:

Dalva Teresa da Silva
Francisco Antonio Gnipper Cirillo
Ricardo Barbosa Alves
Waléria Garcelan Loma Garcia

Capa:

Luís Antônio Alves dos Santos

Jornalista responsável:

Rosana Sanches (MTb 17.993)

Impresso por:

Imprensa Oficial do Estado
(Rua da Mooca, 1.921)

“Revista Jurídica da ESMP” é semestral, com tiragem de 3 mil exemplares.

Í N D I C E

Apresentação	7
<i>Rodrigo César Rebello Pinho</i>	
Missão Institucional do Ministério Público	11
<i>Marcelo Pedroso Goulart</i>	
O Direito de Morrer a Própria Morte	37
<i>Maria Zelia de Alvarenga e Oswaldo Henrique Duek Marques</i>	
A Proteção do Ambiente Marinho	61
<i>(Texto da palestra do professor doutor Tullio Scovazzi, proferida na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, no dia 01/06/99. Tradução de Liliana Allodi Rossit)</i>	
O Poder de Penetração de Projéteis	81
<i>João Dadian</i>	
A Ineficácia da Ação Penal Privada na Proteção do Bem Jurídico da Pessoa Pobre	91
<i>Jairo José Gênova</i>	
O Anteprojeto sobre a Investigação Policial	103
<i>Sergio Demoro Hamilton</i>	
Breves anotações sobre as Conseqüências Jurídicas do “Apagão”	125
<i>Sérgio Neves Coelho</i>	
Competência Constitucional nos Crimes Ambientais ...	133
<i>Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz</i>	
Agente Infiltrado: Inovação da Lei 10.217/2001	143
<i>Luiz Otavio de Oliveira Rocha</i>	
Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato. Especial enfoque do Delito de Descaminho	171
<i>Luiz Flávio Gomes</i>	

A
P
R
E
S
E
N
T
A
Ç
Ã
O

É com orgulho que apresentamos a Revista da Escola Superior do Ministério Público.

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de São Paulo utiliza também a denominação de Escola Superior do Ministério Público. Nossa entidade tem por destinação legal o aprimoramento profissional e cultural dos membros da Instituição, seus auxiliares e funcionários, podendo, para tanto, realizar cursos, seminários, congressos e patrocinar publicações para promover e divulgar conhecimentos decorrentes de suas atividades (Lei Complementar Estadual n.º 734/93, arts. 53 a 55).

Para cumprir esta meta institucional, a atual Diretoria celebrou convênio com a Imprensa Oficial do Estado, ajustando a edição de três publicações: uma revista jurídica semestral, um caderno jurídico trimestral, e o boletim informativo bimestral, com finalidades distintas.

Esta revista jurídica atende a um imperativo de documentação das atividades na nossa Escola Superior do Ministério Público. Aulas e palestras proferidas em cursos de especialização e de extensão, sobre temas de destacada relevância institucional, com professores de renome, merecem uma melhor divulgação, para que possam servir de subsídios para discussão não só dos membros da Instituição, mas de toda a sociedade civil.

Palavras, enquanto não transcritas em um suporte seguro e de fácil acesso, como o papel, um disquete, um 'cd', permanecem somente na memória das pessoas que tiveram a felicidade de ouvi-las. E o papel ainda é o meio mais democrático e permanente de consulta. Nem todos têm acesso e conhecimento, ainda, aos recursos da informática, e as linguagens desenvolvidas para a utilização nestas máquinas estão sendo substituídas por outras em períodos extremamente curtos.

A
P
R
E
S
E
N
T
A
Ç
Ã
O

Para a implantação desta revista jurídica dentro de um critério de rigoroso interesse de divulgação e documentação das atividades desenvolvidas pela escola Superior do Ministério Público, foi instituído, por ato da Diretoria, um Conselho Editorial composto por ilustres colegas com destacada vida institucional e acadêmica: Carlos Alberto de Salles, Hugo Nigro Mazzilli, Luiz Otavio de Oliveira Rocha, Luiz Roberto Cicogna Faggioni, Oswaldo Henrique Duek Marques, Ricardo Barbosa Alves e Roberto Barbosa Alves.

Os artigos serão selecionados dentro de uma visão acadêmica, atual e multidisciplinar. Solicitamos, para o êxito de nossa revista, contribuições de colegas do Ministério Público Paulista, de outros Estados e da União. Aceitamos, também a participação de outros operadores de direito ou de profissionais que desenvolvam atividades em áreas de interesse comum.

Pela importância do convênio celebrado, fazemos questão de externar, mais uma vez, de público, nossos agradecimentos ao Diretor-Presidente da Imprensa Oficial Sérgio Kobayashi, pela sensibilidade e compreensão dos objetivos da Instituição, e à Procuradora de Justiça Valdevez Deusdetid Abbud, pelo indispensável apoio.

Temos a certeza de que esta revista servirá para divulgar os conhecimentos, de fonte de debates e polêmicas e como uma forma ágil de interação com os demais órgãos públicos e com a sociedade civil.

**Rodrigo César Rebello Pinho,
Procurador de Justiça, Diretor da Escola
Superior do Ministério Público de São Paulo**

FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

marcelo pedroso goulart,
promotor de justiça em ribeirão preto-sp

MISSÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marcelo Pedroso Goulart

1. Perfil constitucional do Ministério Público brasileiro

Ao definir o perfil do Ministério Público, a Constituição de 1988 traz duas novidades. A primeira delas diz respeito à consagração da autonomia funcional da Instituição, garantindo o seu autogoverno e, conseqüentemente, sua independência perante os Poderes do Estado (art. 127, §§ 2.º e 3.º). O Ministério Público, enquanto instituição autônoma e independente, não integra o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário.

A segunda novidade refere-se à defesa da democracia. Incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Const., art. 127, *caput*). A defesa da ordem jurídica e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis são atribuições tradicionais do Ministério Público. A defesa do regime democrático passou a integrar esse rol a partir da promulgação da Constituição.

O perfeito entendimento do Ministério Público desenhado pela Constituição de 1988 passa, necessariamente, pela resposta a duas questões básicas:

1.^a) se o Ministério Público é uma instituição independente e não integra nenhum dos “Poderes do Estado”, onde se situa o Ministério Público na organização política do Estado brasileiro?

2.^a) se incumbe ao Ministério Público a defesa do regime democrático, qual democracia deve o Ministério Público defender?

1.1 O Ministério Público na organização política do Estado brasileiro

Numa visão meramente jurídica e formal de Estado, dificilmente poderíamos encontrar o lugar destinado ao Ministério Público. Partindo, porém, da análise histórica, vamos constatar que, na sua origem, o Ministério Público desempenhou o papel de defensor dos interesses da Coroa e da Administração e, paulatinamente, ao acompanhar o desenvolvimento do processo social de aberturas de espaços democráticos de participação, foi ganhando autonomia, para, afinal, cumprir exclusivamente o papel de defensor do povo.

Confrontando esse dado histórico com as categorias gramscianas da teoria *ampliada* de Estado, vamos verificar que o Ministério Público *muda de função* ao transitar da *sociedade política* para a *sociedade civil*. Ou seja, desvincula-se do *aparelho coercitivo do Estado* (do aparato burocrático responsável pela *dominação* através da *coerção*) para integrar, no âmbito da sociedade civil, a parcela das *organizações autônomas responsáveis pela elaboração, difusão e representação dos valores e interesses que compõem uma concepção democrática de mundo e que atuam no sentido da transformação da realidade* (os sujeitos políticos coletivos que buscam a *hegemonia democrática* na batalha ideológica que se trava no seio e através da sociedade civil).¹

Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do *processo democrático*, alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria ainda excluída desse processo, numa prática

¹ Não podemos perder de vista que, para Gramsci, o Estado, enquanto superestrutura, possui dois grandes planos: a *sociedade política* e a *sociedade civil* (cf. GRAMSCI, *Cadernos do Cárcere*, v. 2, p. 20-21; v. 3, p. 244-245 e 254-255).

transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do *projeto democrático*.

Tal empreitada supõe a criação de uma concepção alternativa de mundo, uma nova ideologia, que, uma vez difundida e internalizada pelos homens, servirá de orientação e guia na luta que se trava no seio da sociedade civil. Supõe a educação para o exercício da cidadania, a formação da vontade coletiva, móvel das ações transformadoras dos grupos sociais subalternos e dos outros grupos a eles vinculados organicamente.

Daí o papel fundamental que está reservado ao Ministério Público brasileiro, que deve ser entendido, enquanto instituição, na inteireza de sua função política, como canal de demandas sociais, a alargar o acesso à *ordem jurídica justa*, tornando o Sistema de Administração da Justiça um espaço privilegiado para os conflitos coletivos. Seus membros, os promotores de justiça, devem agir como trabalhadores sociais comprometidos com as lutas pelo resgate da cidadania e pelo aprofundamento da democracia. Enfim, como *intelectuais orgânicos* das classes e grupos subalternos, recontextualizando o direito posto segundo a nova visão de mundo, utilizando-o como instrumento de transformação social.²

Isso implica mudança de mentalidade e de postura dos membros do Ministério Público. A defesa da sociedade, na globalidade de seus interesses, faz emergir um promotor de justiça cuja atuação extrapola os limites do processo judicial e das atividades ligadas à persecução penal; estas, até então, preponderantes. Com perfil atualizado, o *promotor-ombudsman* substitui a figura anacrônica do implacável acusador criminal.

Do ângulo político, só poderemos entender o promotor de justiça como trabalhador social, vinculado à defesa da qualidade de vida das parcelas marginalizadas da sociedade, a partir do momento em que

² Sobre a utilização do direito como instrumento de transformação social pelo Ministério Público, cf. GOULART e MACHADO, *Ministério Público e direito alternativo*, p. 36-42.

rompa as barreiras que historicamente o isolaram dos movimentos sociais, passando a articular sua ação com esses movimentos. Deve assumir o seu compromisso político, não apenas nos aspectos da retórica e das elaborações doutrinárias, mas, sobretudo, na atuação prática, como intelectual orgânico.³

1.2 O Ministério Público e a defesa do regime democrático

Ao refundar a República, o povo brasileiro, através do processo constituinte, firmou novo pacto político, consubstanciado na Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, que delineia um projeto de sociedade e de Estado democráticos (democracia participativa, econômica e social) a ser construído pela cidadania e pelos agentes do Estado.

A nova Constituição não representa a cristalização de uma nova ordem. Ela surge como parte de um processo que nela não se esgota. Os constituintes elegeram o princípio democrático como princípio estruturante fundamental, na perspectiva do resgate da cidadania econômica e social e da participação popular. O regime democrático que funda constitucionalmente a República brasileira não se limita aos aspectos políticos, à técnica de escolha de governantes, à definição das formas de expressão da soberania popular. Mais do que isso, a democracia brasileira apresenta-se como um projeto que, a partir do desenvolvimento econômico, visa erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, para transformar a República brasileira numa sociedade livre, justa e solidária, promotora do bem comum.

Nos três primeiros artigos da Constituição, inseridos no Título I, que trata dos princípios fundamentais, encontramos os chamados *princípios-essência*, ou seja, “as prescrições normativas constitucionais, destinadas a traduzir valores sobre os quais se forma uma sociedade”.⁴

³ Cf. FERRAJOLI, ‘*Magistratura Democratica*’ y el ejercicio alternativo de la función judicial, p. 212

⁴ Cf. DERANI, *Direito ambiental econômico*, p. 246.

Aqui está a síntese do projeto constitucional da democracia brasileira: participativa, econômica e social. Ressalte-se que os princípios-essência consagram valores que devem necessariamente orientar a prática social, a ação do Estado e a interpretação das normas jurídicas.

Dentre os princípios-essência, encontramos os *princípios conformadores*, aqueles que definem a forma e a estrutura do Estado e caracterizam o regime político e a forma de governo.⁵ Com base nos princípios conformadores contemplados nos dois primeiros artigos da Constituição, pode-se afirmar que o Brasil é: (i) uma república federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal; (ii) um Estado Democrático de Direito; (iii) uma democracia semidireta (representativa e participativa); (iiii) um Estado no qual o exercício do poder triparte-se em funções exercidas por estruturas independentes e harmônicas entre si (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Ainda dentre os princípios-essência, encontramos os *princípios impositivos*, aqueles que impõem aos agentes políticos que integram os órgãos de Estado e à cidadania, como um todo, a realização de fins e a execução de tarefas.⁶ No artigo 3.º da Constituição encontramos os objetivos da República brasileira (construção da sociedade livre justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem comum, sem preconceitos).

Esses princípios-essência não se esgotam nesses três primeiros artigos. Eles se projetam por toda a Constituição. A ordem econômica constitucionalmente definida, *v.g.*, tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*). Assim, a *asseguração da dignidade da existência* e a *promoção da justiça social* são princípios-essência impositivos. Já a ordem social constitucionalmente estabelecida, *v.g.*, tem como objetivo “o bem-estar

⁵ Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 121. DERANI, *Direito ambiental econômico*, p. 245.

⁶ Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 122. DERANI, *Direito ambiental econômico*, p. 246.

e a justiça sociais” (art. 193). Desse modo, a *realização do bem-estar social* e a *promoção da justiça social* são princípios-essência impositivos.

Além dos princípios-essência, a Constituição também contempla os *princípios-base*, aquelas “prescrições destinadas a estruturar a organização da sociedade ou de determinada atividade que a integra”⁷. No que diz respeito à ordem econômica constitucionalmente definida, a *soberania nacional*, a *propriedade privada*, a *função social da propriedade*, a *livre concorrência*, a *defesa do consumidor*, a *defesa do meio ambiente*, a *redução das desigualdades regionais e sociais*, a *busca do pleno emprego* e o *tratamento favorecido para as empresas de pequena porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País* são princípios-base que devem estruturar a organização das atividades econômicas (art. 170, incs. I a IX).

Do conjunto dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República e para o que interesse a esse trabalho, é necessário que se destaque os seguintes princípios:

a) *princípio da dignidade da pessoa humana*, pelo qual se reconhece a pessoa, na sua tríplice dimensão — individual, social e humana —, como sujeito de direitos fundamentais, cuja obrigatoriedade de respeito e concretização pelo Estado objetiva garantir o pleno desenvolvimento da personalidade e a sadia qualidade de vida;

b) *princípio da igualdade*, pelo qual se reconhece que as desigualdades sociais foram construídas historicamente e, portanto, são elimináveis, razão pela qual os brasileiros admitem a construção de uma sociedade justa, igualitária;

c) *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, que subordina a livre iniciativa e a propriedade privada ao interesse social;

d) *princípio da promoção do bem comum*, que impõe aos agentes políticos que integram os órgãos de Estado e à cidadania, como um todo, o dever de criar todas as condições da vida social que permitam e

⁷ Cf. DERANI, *Direito ambiental ecológico*, p. 248.

favoreçam o desenvolvimento integral de todas as pessoas, sem distinção e sem preconceito, garantindo, desse modo, existência digna a todos, sem exceção.⁸

Cabe ao MP defender o projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição. No atual momento histórico, é necessário frisar que, mais do que defender, o MP deve colocar-se como parceiro privilegiado de todos os setores da sociedade civil comprometidos com a *construção* da democracia de massas, difundindo e representando valores democráticos, fazendo atuar os direitos sociais, coletivos e difusos. Não podemos defender o que ainda não temos. Aqui, a democracia de massas, substancial, está em fase de construção⁹.

2. Ministério Público: missão institucional

Na sua evolução histórica, o Ministério Público brasileiro, respondendo positivamente às mudanças histórico-sociais, transitou da sociedade política para a sociedade civil. Na sociedade política, como agente do rei ou da Administração, exercia a coerção, através da lei, para garantir a manutenção do *statu quo* e a dominação de classe. Na sociedade civil, passa a promover os valores democráticos, como defensor do povo, na luta pela emancipação humana e pela construção de uma sociedade substancialmente democrática.

Essa transição coincide com o aprofundamento da democracia moderna, que propiciou, nestes últimos três séculos, a extensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a ampliação da cidadania. Ou seja, coincidiu com a transição do Estado liberal para o Estado social.

⁸ Adota-se aqui a definição de bem comum consagrada pelo Papa João XXIII na Encíclica *Pacem in Terris* (cf. *As encíclicas sociais de João XXIII*, p. 595/596).

⁹ Sobre o papel do Ministério Público na defesa do regime democrático ver GOULART, *Ministério Público e democracia: teoria e práxis, passim*.

2.1 O Ministério Público na transição do Estado liberal ao Estado social

Dada a pequena dimensão deste ensaio, a análise da expansão da cidadania será estudada no âmbito do Estado e da democracia modernos, cingindo-se ao espaço temporal dos últimos três séculos. Esse recorte histórico está amparado teoricamente no quadro proposto por Marshall¹⁰.

Entende-se por cidadania a situação social inclusiva de direitos. O referido autor divide o conceito de cidadania em três partes:

- ***cidadania civil***, composta dos direitos e liberdades individuais (liberdade de ir e vir; liberdade de pensamento e expressão; liberdade de imprensa; liberdade religiosa; direito à informação, direito à propriedade);
- ***cidadania política***, consubstanciada basicamente no direito de participação política (direito de votar e de ser votado para compor os órgãos investidos de autoridade política e com poder de decisão; direito de organização sindical e partidária);
- ***cidadania socioeconômica***, referente ao direito ao bem-estar e à segurança social (direito do trabalho, previdência social, acesso ao sistema educacional, ao serviço de saúde e demais serviços sociais básicos)¹¹.

Ainda seguindo a doutrina de Marshall, podemos afirmar que: a) o século XVIII foi o período formativo da cidadania civil; b) o século XIX foi o período formativo da cidadania política; c) o século XX, o período formativo da cidadania socioeconômica.

¹⁰ Cf. MARSHALL, *Cidadania, classe social e status*, p. 66.

¹¹ Cf. MARSHALL, *Cidadania, classe social e status*, p. 63-64.

A universalização dos direitos fundamentais e a ampliação da cidadania às esferas social e econômica verificam-se no âmbito dos Estados que estão em processo de consolidação de democracias de massas.

Os novos direitos e espaços de participação política, estendidos paulatinamente às classes populares, foram conquistados através das lutas dos movimentos sociais de base proletária que emergiram durante a Revolução Industrial e consolidaram-se no século XIX.

A industrialização capitalista acelerou o processo de urbanização. As cidades passaram a contar com grandes massas de trabalhadores proletarizados. Esse novo contexto econômico e espacial propiciou a organização dos grupos sociais marginalizados, que passaram a questionar as contradições sociais e lutar por mudanças que implicassem a sua inclusão política e econômica.

O princípio da soberania popular, inicialmente limitado pelo voto censitário e plural, só se efetivou nos países desenvolvidos no final do século XIX e início do século XX, com a adoção, primeiramente, do sufrágio universal masculino e, posteriormente, do sufrágio universal feminino. Os sindicatos de trabalhadores só foram reconhecidos legalmente a partir de meados do século XIX e os primeiros partidos políticos modernos surgiram, na Europa, a partir de 1870, sob a inspiração da social-democracia alemã.¹²

No campo dos direitos socioeconômicos, a jornada de trabalho compatível com a condição humana foi, ainda no século XIX, a primeira conquista dos trabalhadores, que, já no século XX, têm consolidados os direitos trabalhistas e previdenciários. Pouco a pouco, as Constituições e as legislações estatais vão incorporando os direitos sociais, como, *v.g.*, a educação e a saúde como direitos de todos e obrigação do Estado.

A partir dos anos 60 do século XX, passam a ser reconhecidos os chamados “direitos da solidariedade”, de caráter difuso, como, *v.g.*,

¹² Cf. COUTINHO, *A democracia como valor universal*, p. 28.

o direito à paz mundial, o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse momento histórico, termina a transição do Estado liberal para o Estado social, que, então, consolida-se no chamado *mundo ocidental desenvolvido*. Esse novo modelo de Estado capitalista foi construído para responder, como visto, às lutas sociais reivindicatórias de direitos e, também, para enfrentar o avanço do comunismo no Leste Europeu.

No Ocidente desenvolvido, as lutas protagonizadas inicialmente pelo movimento operário, com nítido teor classista, somadas às lutas de outros grupos e segmentos sociais (negros, mulheres, estudantes, pacifistas, ambientalistas, consumidores, minorias, etc.), consubstanciadas em demandas por igualdade e melhor qualidade de vida, resultaram no reconhecimento constitucional e legal de novos direitos econômicos, sociais, coletivos e difusos, cuja concretização passou a depender, precipuamente, da “*atuação positiva do Estado*”,¹³ seja para criar as condições da vida social que viabilizem o gozo dos direitos proclamados — a demandar ação governamental —, seja para superar os conflitos jurídicos decorrentes da sua inobservância e violação — a demandar a intervenção do Sistema de Administração da Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia e Polícia de Investigação).

Nesse período histórico, o Ministério Público brasileiro vai, pouco a pouco, abandonando as atribuições de defesa dos interesses do Governo (Ministério Público procurador do rei), para assumir a defesa dos novos direitos sociais, coletivos e difusos que se incorporam, por força das lutas políticas desenvolvidas pela cidadania organizada, às Constituições e às leis (Ministério Público defensor do povo).

No Brasil, a Constituição de 1988 projeta uma democracia participativa, econômica e social, consagrando direitos e criando instituições e instrumentos típicos de um Estado social. Não foi difícil

¹³ Cf. CAPPELLETTI e GARTH, *Acesso à justiça*, p. 10-11. SANTOS, *A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça*, p. 165.

ao constituinte deferir ao Ministério Público a importante função política de defender os interesses sociais e os valores democráticos estabelecidos na nova ordem constitucional, pois, no processo histórico de ampliação de direitos e expansão da cidadania ocorrido em nosso país, o Ministério Público habilitou-se como a instituição apta a desempenhar tal missão.

A palavra missão aqui é utilizada em dois dos seus sentidos: (i) como “poder dado a alguém para fazer alguma coisa; encargo, incumbência”; (ii) como “compromisso, obrigação, dever imposto ou contraído”.¹⁴ Assim, no novo pacto social brasileiro, consubstanciado na Constituição vigente, a sociedade conferiu ao Ministério Público a *incumbência* de construir e defender o projeto de democracia participativa, econômico e social nela delineado. Ao receber essa incumbência, o Ministério Público assumiu o *compromisso-dever* de construir e defender esse projeto democrático. Trata-se de missão histórica de largo e profundo alcance, implicando intervenção transformadora da realidade.

É importante ressaltar que no processo constituinte de 1986-1988, os setores organizados e progressistas da sociedade brasileira participaram ativamente da elaboração da nova ordem constitucional, nela inscrevendo projeto avançado e aberto de democracia.

Esses mesmos setores progressistas escolheram o Ministério Público como uma das instituições responsáveis pela construção e defesa desse projeto. Isso significa que, na disputa que se travou no processo constituinte, os setores progressistas da sociedade brasileira definiram a nova função política do Ministério Público, para torná-lo *agente da vontade política transformadora*. Com essa nova função constitucional, o Ministério Público completa, na superestrutura estatal, a transição da sociedade política para a sociedade civil.

¹⁴ Cf. AULETE, v. 3, p. 2378

2.2 O Ministério Público como agente da vontade política transformadora

O Ministério Público integra a rede de organizações da sociedade civil brasileira cuja função é elaborar, difundir, afirmar e defender os valores democráticos. Portanto, na *guerra de posições* que se instala no seio da sociedade civil brasileira, cabe ao Ministério Público, juntamente com os demais sujeitos políticos comprometidos com esses valores, lutar pela hegemonia da concepção de mundo democrática, ou seja, lutar pela construção da democracia participativa, econômica e social. É certo que em nosso país os valores democráticos ainda não são hegemônicos e muito precisamos caminhar para alcançarmos uma forma superior de civilização (democracia substancial).

Isso implica reconhecer que o Ministério Público é um dos mais importantes agentes da *vontade política transformadora*, cabendo-lhe a tarefa de definir e participar de ações político-jurídicas modificadoras da realidade, objetivando a construção da hegemonia democrática.

Levar avante essa práxis transformadora é cumprir uma função política maior (realizar a *grande política*¹⁵), que implica a substituição de uma dada ordem por outra ordem social, mais justa, na qual prevaleçam os valores universais da democracia. A realização prática dessa função política maior dá-se no *movimento catártico* que promove a transição da sociedade, dos seus movimentos, das suas organizações e de suas instituições do *momento corporativo* e particularista para o *momento ético-político* de modificação do real.¹⁶

¹⁵ GRAMSCI, *Cadernos do cárcere*, v. 3, p. 21, distingue a *grande política* da *pequena política*. Para esse autor, a *grande política* está relacionada com a “fundação de novos Estados”, compreendendo a “luta pela destruição, pela defesa, pela conservação de determinadas estruturas orgânicas econômico-sociais”. A *pequena política*, por sua vez, diz respeito à “política do dia-a-dia, política parlamentar, de corredor, de intrigas”, ou seja, ligada às “questões parciais e cotidianas que se apresentam no interior de uma estrutura já estabelecida”.

¹⁶ Cf. GRAMSCI, *Cadernos do cárcere*, v. 1, p. 314.

O Ministério Público defensor do regime democrático é — ou deveria ser — uma *instituição catártica, universalizante e não-corporativa*. Nesse sentido, a intervenção do Ministério Público deve estar voltada para a superação dos resíduos corporativistas e particularistas que inibem a articulação dos grupos sociais subalternos e marginalizados e os mantêm presos no *momento corporativo*, mediando a formação da vontade política transformadora, que transportará esses grupos sociais para o *momento ético-político*.

O *momento corporativo* é aquele em que prevalecem os interesses particularistas das pessoas e dos grupos, totalmente desvinculados dos interesses gerais da sociedade. A permanência das pessoas, dos grupos sociais e das instituições no *momento corporativo* mantém a consciência no nível da passividade (recepção passiva do mundo, desconhecimento da função política). É o momento em que se expressa o estado de alienação do indivíduo, dos grupos, dos movimentos sociais, das instituições e de uma sociedade que, alheios às suas atividades, aos resultados de suas atividades, à natureza e aos seres humanos, quedam-se impotentes diante das necessidades de mudanças impostas pela realidade.¹⁷

O *momento ético-político* é aquele em que as pessoas, os grupos sociais e as instituições, assumindo compromisso com os valores universais e tomando consciência de sua função política, partem para uma intervenção modificadora da realidade, para uma prática transformadora (práxis).

O *movimento catártico* ocorre em três níveis:

1. no nível da sociedade, quando os grupos sociais subalternos e marginalizados superam o corporativismo e passam a intervir no sentido da formação de uma *vontade coletiva democrática, transformadora*;

¹⁷ Sobre o significado da alienação, ver MARX, *Manuscritos econômico-filosóficos*, p. 157-172. FROMM, *Conceito marxista do homem*, p. 50-61. PETROVIC', *Alienação*, p. 5-8. KILMINSTER, *Alienação*, p. 7-9.

2. no nível interno dos grupos sociais e das instituições, quando os seus membros superam os ranços intracorporativistas e contribuem para a formação de uma *vontade interna transformadora*, a orientar a práxis do grupo ou da instituição a que pertencem;

3. no nível pessoal, a catarse opera quando o indivíduo consegue libertar-se da sua dimensão meramente particularista, toma consciência de sua dimensão universal (parte integrante do gênero humano) e assume compromissos sociais e políticos, tornando-se *agente da transformação social*.¹⁸

A catarse, nos três níveis, implica desalienação. Somente através do movimento catártico é que podemos superar a alienação. Alienação que se dá nos três níveis acima mencionados. A alienação do indivíduo, do grupo social ou instituição e da sociedade enquanto conjunto de pessoas, grupos sociais e instituições.

No nível pessoal, a desalienação representa o reconhecimento e a realização da pessoa nas suas três dimensões, como *ser individual*, *ser social* e *ser humano*. O indivíduo tem interesses particulares, limitados à esfera da intimidade e das relações interindividuais estritas, que são legítimos, como, *v.g.*, adquirir conhecimentos, ter acesso a confortos básicos, ter filhos. Mas a pessoa não se restringe ao ser individual e, portanto, não se realiza plenamente ao concretizar as aspirações particulares.

A pessoa também é um ser social. Não consegue viver e sobreviver isoladamente. A vida da pessoa desenvolve-se somente no mundo de relação, ou seja: (i) na relação que mantém com as outras pessoas com as quais partilha o momento histórico vivido — as pessoas que compõem a sua geração e que são contemporâneas de seu tempo — e (ii) na relação com a natureza.

¹⁸ Sobre a *catarse individual* no pensamento de Lukács, ver COUTINHO, *Lukács, a ontologia e a política*, p. 25.

Como esclarece Gramsci:

*O indivíduo não entra em relação com os outros homens por justaposição, mas organicamente, isto é, na medida em que passa a fazer parte de organismos, dos mais simples aos mais complexos. Desta forma, o homem não entra em relações com a natureza simplesmente pelo fato de ser ele mesmo natureza, mas ativamente, por meio do trabalho e da técnica. E mais: estas relações não são mecânicas. São ativas e conscientes, ou seja, correspondem a um grau maior ou menor de inteligibilidade que delas tenha o homem individual. Daí ser possível dizer que cada um transforma a si mesmo, modifica-se, na medida em que transforma e modifica todo o conjunto de relações do qual ele é o centro estruturante.*¹⁹

Portanto, a pessoa, enquanto ser social, é o conjunto das relações sociais que participa; é a sociedade na qual vive e está inserida. É o ambiente no qual deve intervir, como agente ativo, para modificá-lo, modificando-se.²⁰ O ser social está comprometido com a melhoria das condições de vida da sociedade que integra.

Além do ser individual e do ser social, a pessoa também é ser humano, ou seja, é a humanidade. Como disse Gramsci, “todo indivíduo é não somente a síntese das relações existentes, mas também da história destas relações, isto é, o resumo de todo o passado”.²¹ A pessoa assimila toda a riqueza do desenvolvimento da humanidade que ocorreu em tempo anterior à sua existência,²² carregando dentro de si a massa de vivências dos seus antepassados, que nela atua como experiência e formação.²³ Enquanto humanidade —ser humano—, a pessoa assume o compromisso de dar

¹⁹ Cf. *Cadernos do Cárcere*, v. 1, p. 413.

²⁰ Cf. GRAMSCI, *Cadernos do Cárcere*, v. 1, p. 143.

²¹ Cf. *Cadernos do Cárcere*, v. 1, p. 414.

²² Cf. MARX, *Manuscritos econômicos-filosóficos*, p. 192.

²³ Cf. HELLER, *Teoria do Estado*, p. 71.

continuidade à história humana através de sua práxis, criando, no presente, as condições que possam garantir justiça social e sadia qualidade de vida para as futuras gerações.

Somente a pessoa que, na sua catarse individual, no seu processo de desalienação, reconhece-se como ser universal (individual, social e humano), adota uma *postura crítico-prática*²⁴ e capacita-se para intervir produtivamente no seu grupo social, para transformá-lo, e, a partir de seu grupo, passa a intervir na sociedade para também transformá-la. Promove-se, assim, em todos os níveis, o movimento catártico de transposição do momento corporativo para o momento ético-político,²⁵ ou seja, a desalienação como “modificação revolucionária do mundo”.²⁶

O individualismo exacerbado, o consumismo e a competição desregrada e desenfreada são os valores que norteiam a sociedade capitalista. Nessa sociedade, o ser individual da pessoa está hipertrofiado e deformado; o ser social e o ser humano que também compõem a sua essência estão recalcados. O processo de alienação humana chega ao paroxismo, com a perda das dimensões social e universal da vida e a desconsideração dos valores solidariedade e justiça social. Nesse tipo de sociedade, as pessoas, os grupos, os movimentos sociais e as instituições tendem a permanecer no

²⁴ Cf. KONDER, *O futuro da filosofia da práxis*, p. 123: “O presente é contraditório, está sempre sobrecarregado de passado, mas aos mesmo tempo está sempre grávido das possibilidades concretas de futuro. Uma postura que se limite a interpretar passivamente o que está presente, diante de nós, de maneira imediata, não capacita o sujeito para distinguir de modo conseqüente os elementos que “amarram” as coisas (e se opõem, tendencialmente, às mudanças mais ousadas) e os elementos que empurram as coisas para a frente, pressionando-as no sentido de engendramos o *novo*. O sujeito só pode se libertar das armadilhas de uma continuidade hipostasiada se assumir uma postura crítico-prática que lhe permita identificar as rupturas necessárias e ajudá-las a se concretizar. Na medida em que o sujeito assume a postura crítico-prática, compromete-se com o que está para nascer, engaja-se na luta pela concretização do porvir e é naturalmente levado a tentar adotar algo do ponto de vista correspondente à realidade que está contribuindo para criar”.

²⁵ Sobre o potencial transformador da ação humana, Gramsci fez a seguinte observação, *Cadernos do cárcere*, v. 1, p. 414: “Dir-se-á que o que cada indivíduo pode modificar é muito pouco, com relação às suas forças. Isto é verdadeiro apenas até um certo ponto, já que o indivíduo pode associar-se com todos os que querem a mesma modificação; e, se esta modificação é racional, o indivíduo pode multiplicar-se por um elevado número de vezes, obtendo uma modificação bem mais radical do que à primeira vista parecia possível”.

²⁶ A expressão é de PETROVIC´, *Alienação*, p. 5.

momento corporativo. Daí a necessidade da formação de uma nova vontade política transformadora, a se realizar através da *grande política* e do *movimento catártico desalienador*.

Do ponto de vista formal, o Ministério Público transitou da sociedade política para a sociedade civil para cumprir a função de promover os valores democráticos, como *instituição catártica, universalizante, não-corporativa*. O seu perfil constitucional não dá margem a dúvidas quanto a isso.

Todavia, do ponto de vista do movimento real da Instituição, não se pode fazer a mesma afirmação. A realidade demonstra que o Ministério Público ainda está em fase de transição, visto que, do ponto de vista intra-institucional, ainda não incorporou plenamente sua nova função política; ainda não formou uma *vontade coletiva-interna democrática* capaz de garantir a unidade necessária à atuação voltada à transformação social. Ou seja, ainda não se promoveu plenamente a *catarse interna* que poderá habilitá-lo como órgão mediador da *catarse social*.

Hoje, esse tipo de atuação transformadora desejada pela sociedade deve-se à ação isolada de algum membro do Ministério Público ou de alguns grupos de promotores de justiça ou de procuradores da República, cujo resultado do trabalho realizado repercute positivamente nos meios de comunicação de massa, passando a falsa impressão de que se trata de ação definida e pautada institucionalmente.

Institucionalmente, portanto, o Ministério Público ainda não superou plenamente o *momento corporativo*, fato que impõe a aceleração do *movimento catártico interno*. Do contrário, a *passividade* poderá tomar conta da Instituição, levando-a à *impotência objetiva*, ao não cumprimento da sua função política e dos objetivos que lhe foram postos pela Constituição.

Esse tipo de *comportamento passivo-impotente* poderá acarretar a perda de legitimidade (de sustentação social) e levar ao retrocesso na configuração formal-institucional do Ministério Público.

2.2.1 O Ministério Público como agente da vontade política transformadora e a tutela dos interesses difusos

A atuação do Ministério Público tem como norte, como paradigma, o projeto democrático delineado pela Constituição. A sua atuação deve estar pautada pelos princípios e objetivos fundamentais da República brasileira. Com o instrumental jurídico que dispõe, o Ministério Público deve apresentar-se como uma das instituições construtoras da *sociedade livre, justa e solidária*, o que implica, necessariamente, o enfrentamento com os setores da sociedade que tentam conservar o *statu quo*, concentrando riqueza e poder, produzindo a miséria e a marginalização das camadas majoritárias de nossa sociedade, alargando as desigualdades sociais e regionais.

Esse enfrentamento exige a definição de estratégia e tática, o que se evidencia, sobretudo, na atuação do Ministério Público em defesa dos interesses coletivos e difusos.

A defesa de interesses coletivos e difusos implica, em regra, interferência em relações estruturais, portanto, nas relações de produção (o mundo da economia), de poder (o mundo da política) e de saber (o mundo da cultura). Realça as contradições sociais e, por isso, apresenta potencial transformador. Ou seja, se bem trabalhada, a defesa de interesses coletivos e difusos pode abrir caminhos para mudanças de caráter estrutural, que cumulativamente contribuem para a transformação da sociedade.

O membro do Ministério Público deve ter claro que sua atuação não se limita ao processo, sob pena de total ineficácia social de seu trabalho. Os conflitos decorrentes da tutela desses interesses superam, evidentemente, os aspectos jurídico-processuais e a arena de luta não se restringe ao espaço físico dos tribunais. Os aspectos jurídicos, o andamento dos processos que têm por objeto tais questões e as decisões judiciais vão a reboque da batalha extra-autos que se trava no âmbito da sociedade civil e estão condicionados pelas relações sociais que articulam os interesses em jogo dos agentes coletivos. A correlação

das forças sociais antagônicas é fator determinante do sucesso da empreitada jurídica. Esse sucesso depende, muitas vezes, de todo um trabalho, de um conjunto de medidas que não somente antecedem a instauração do processo judicial, mas vão além dele, uma vez instaurado. Pressupõe um projeto estratégico e a definição de tática, o que implica:

- articulação do Ministério Público com os demais órgãos da sociedade civil que comungam os mesmos objetivos;
- senso de oportunidade para a mobilização e o desencadeamento da campanha de lutas e das ações políticas e jurídicas dela decorrentes.

A estratégia é a consecução dos objetivos fundamentais da República, a concretização de uma democracia participativa, econômica e social (a missão institucional). As táticas decorrem do tipo de causa, dos instrumentos políticos e jurídicos disponíveis e cabíveis, das alianças formadas no âmbito da sociedade civil e do modo de agir daqueles que se colocam como adversários. A articulação e interação com os demais grupos sociais identificados com as lutas democráticas são essenciais para o sucesso das ações, como essenciais, também, a argumentação jurídica consistente, o conhecimento multidisciplinar, o nível de informações, suporte e dados técnicos e a infra-estrutura material.

3. O Ministério Público resolutivo

Dentro do perfil institucional consagrado na Constituição de 1988, pode-se trabalhar dois modelos de Ministério Público: o *Ministério Público demandista* e o *Ministério Público resolutivo*.

No primeiro modelo — *Ministério Público demandista* —, o membro do Ministério Público tem como horizonte a atuação perante o Poder Judiciário. É um mero agente processual.

Na esfera criminal, a atuação do Ministério Público limita-se ao ajuizamento das ações penais (embasadas em investigações

realizadas pela Polícia Judiciária) e ao acompanhamento da instrução processual. Essa atuação é individual e está reduzida à persecução atomizada de infratores-réus. Não há trabalho em equipe. O crime e o criminoso só existem no mundo do processo e a criminalidade é desconsiderada enquanto fenômeno social.

O resultado disso, numa ótica democrática, é a ineficácia do trabalho realizado pelo Ministério Público, uma vez que o crime organizado e a criminalidade difusa ficam fora do alcance e do controle do Sistema de Administração da Justiça Criminal.

Na esfera civil, convivem as figuras do Ministério Público agente (autor de ações civis públicas) e do Ministério Público interveniente (“fiscal da lei” ou *custos legis*). A distinção revela a visão meramente processual do Ministério Público cível. De um lado, o órgão que instaura processos ajuizando ações civis públicas; de outro, o que intervém nos processos, nos casos em que a lei determina. Não existe Ministério Público fora do processo.

No campo da defesa dos interesses coletivos e difusos, essa visão processual restringe os procedimentos administrativos e inquéritos civis a instrumentos de coleta das provas necessárias ao embasamento das ações civis públicas. O Ministério Público transfere para o Poder Judiciário, via ação civil pública, a solução de todas as questões que lhe são postas pela sociedade. Trata-se de um Ministério Público dependente do Judiciário.

O resultado disso é desastroso, pois o Judiciário, em regra, responde mal às demandas que envolvem interesses coletivos e difusos, negando vigência aos novos direitos sociais consagrados na Constituição de 1988 e nas leis democratizantes.

Esse *Ministério Público demandista* é o que hoje prevalece, embora não mais atenda às exigências da cidadania no mundo globalizado. Ao invés de um *Ministério Público demandista*, faz-se necessário um *Ministério Público resolutivo*, que leve às últimas conseqüências o princípio da autonomia funcional.

Na esfera penal, o Ministério Público não pode andar a reboque das iniciativas policiais. Deve tomar a iniciativa e assumir a direção da investigação criminal, produzindo diretamente as provas mais importantes à persecução penal e mantendo permanente controle sobre as investigações realizadas pela Polícia Judiciária. Os promotores criminais devem atuar de forma integrada, equipando-se e organizando-se para enfrentar a criminalidade difusa.

Na esfera civil, não pode ficar na dependência das decisões judiciais. Deve ter como horizonte a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos. Os procedimentos administrativos e inquéritos civis devem ser instrumentos aptos para tal fim. O MP deve esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas), utilizando esses procedimentos com o objetivo de sacramentar acordos e ajustar condutas, sempre no sentido de afirmar os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais. Para tal, deve *politizar* e *desjurisdicionar* a sua atuação, ou seja, o Ministério Público deve:

- transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação;
- atuar integradamente e em rede nos mais diversos níveis — local, regional, estatal, comunitário e global —, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas;
- transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a *guerra de posição*) está sendo travada no âmbito da *sociedade civil planetária*;
- buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o Judiciário como espaço excepcional de atuação).

Assim balizado, o Ministério Público estará apto a cumprir a função mediadora que o mundo contemporâneo requer, habilitando-se como agente privilegiado da luta pela democratização das relações sociais e pela globalização dos direitos da cidadania.

Se, no entanto, deixar de atualizar-se, perderá a utilidade social, tornando-se irrelevante e “descartável”, assim como outras instituições que, por se negarem a acompanhar os avanços do mundo e a dar as respostas que a sociedade almeja e precisa, passaram a cumprir papel menor no cenário político.

4. Conclusão

Sem a compreensão da função política da instituição, do seu papel constitucional e sem a definição de estratégia e tática, não há como cumprir as tarefas que ao Ministério Público foram atribuídas pela sociedade, tampouco fazer diminuir a distância entre os planos legal e real, entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades socio-econômicas.

Frise-se, que, no Brasil, a ordem realmente vigente está divorciada da ordem democrática projetada pelo Pacto de 88.

A habilitação do Ministério Público como agente da *vontade política transformadora* — como *instituição catártica, universalizante, não-corporativa* — passa, necessariamente, por uma *direção consciente*, embasada: (a) nos valores universais da democracia, que indicam a estratégia (objetivo a ser alcançado); (b) na legitimação social, que supõe definição de táticas (formas de agir) a partir da interação com os órgãos da sociedade civil que compõem a base de sustentação do projeto democrático.

Essa *direção consciente* implica unidade ideológica e de ação. Essa unidade é imprescindível à efetiva realização dos objetivos institucionais.

Pode-se afirmar que, no campo da defesa dos interesses difusos, o Ministério Público brasileiro já aponta no sentido da *unidade*, da *direção consciente*, da assunção do *momento ético-político* que o habilitará como agente da *vontade política transformadora*.

Urge, pois, consolidar essa experiência e exportá-la para as outras áreas de atuação do nosso Ministério Público.

Marcelo Pedroso Goulart,
Promotor de Justiça em Ribeirão Preto, São Paulo

BIBLIOGRAFIA

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988 (em cooperação).
- COUTINHO, Carlos Nelson. A democracia como valor universal. In: *A democracia como valor universal e outros ensaios*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Salamandra, 1984.
- *Lukács, a ontologia e a política*. In: ANTUNES, Ricardo (org.). *Lukács: um Galileu no século XX*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 1996.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, “*Magistratura Democrática*” y el ejercicio alternativo de la función judicial. In: YBAÑEZ, Andrés (org.). *Política y Justicia en el Estado capitalista*. Barcelona: Fontanella, 1978.
- FROMM, Erich. *O conceito marxista do homem*. 8ª ed. RJ: Zahar, 1983.
- GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988 (em cooperação).
- GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992 (em cooperação).
- GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Vol. 1. RJ: Civilização Brasileira, 1999.
- *Cadernos do cárcere*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- *Cadernos do cárcere*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- HELLER, Herman. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- JOÃO XXIII. Encíclica *Pacem in Terris*. In: *Encíclicas sociais de João XXIII*. Vol. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963.

- KILMINSTER, Richard. Alienação. In: OUTHWAITE, William, BOTTOMORE, Tom (ed.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. RJ: Jorge Zahar, 2000.
- KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis: o pensamento de Marx no século XXI*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992 (em cooperação).
- MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1993.
- PETROVIC', Gajo. Alienação. In: BOTTOMORE, Tom (ed.). *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

o direito de morrer a própria morte

Mar ia zel ia de al var eng a,
médica psiquiatra,
e oswal do henr ique duek mar ques,
procurador de justiça

O DIREITO DE MORRER A PRÓPRIA MORTE

**Maria Zelia de Alvarenga e
Oswaldo Henrique Duek Marques**

“Justo dá a cada coisa o lugar que lhe compete. Ordena na medida certa. Da mesma forma, responde à sua função criadora ou organizadora. O justo cumpre em si mesmo a função da balança, quando os dois pratos se equilibram perfeitamente, face a face. O justo se encontra, portanto, além das oposições e dos contrários, realiza em si a unidade e, por isso, pertence já, de certo modo, à eternidade; que é una e total, ignorando a fragmentação do tempo”.

(Jean Chevalier e Alain Gheerbrant).

Introdução

Em seu artigo “*Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l’Homme*”, Stamatios Tzitzis critica a decisão proferida pela Corte Européia dos Direitos do Homem (1/1989/161/217, de 07 de junho de 1989), que denegou extradição requerida pelos Estados Unidos à Inglaterra para processar e julgar naquele país o alemão Jens Soering por crime de homicídio, cometido no Estado de Virgínia.

Para evitar sua condenação à morte, com base na legislação de Virgínia, Soering utilizou o recurso da *petição individual* perante a Corte, previsto no artigo 25, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, sustentando, em suas razões, que seria submetido a uma pena desumana e degradante, em contradição com o previsto no artigo 3.º da

referida Convenção, o que foi deferido pela Corte. Isto porque sua permanência no corredor da morte iria expô-lo a um estresse extremo e a uma degradação psicológica, além de riscos de sevícias.

Numa perspectiva mítica e filosófica, Stamatios Tzitzis procura demonstrar que a decisão denegatória de extradição por parte da Corte, baseada nos Direitos do Homem e nos valores democráticos, revelou-se incoerente com esses mesmos valores, protegidos pela própria Convenção. Entre seus argumentos, destacam-se os seguintes:

1) Com a denegação do pedido de extradição pela Corte Européia de Direitos Humanos, ocorreu o triunfo do individualismo sobre os direitos coletivos¹, em oposição à lei² e ao ideal democrático.³ Foram sacrificados valores fundamentais de humanidade, em benefício de um indivíduo determinado, além de violada a reciprocidade, fundamento da justiça moral, que exige a justa reparação. Segundo o autor, entre os gregos, a Justiça Penal, de cunho democrático, era retributiva por excelência, como se constata nas *Suplicantes*, de Eurípedes, e em “Ética a Nicômacos”⁴, de Aristóteles;⁵

2) Se fosse conveniente dar prioridade aos direitos individuais sobre os coletivos, seria necessário eliminar não só a pena de morte, como também, as penas privativas de liberdade, pois ambas violam direitos individuais.⁶ A pena de morte, contudo, não se apresenta contrária à humanidade, pois é em nome dessa humanidade que se devem suprimir os inimigos dos homens.

3) Na decisão da Corte houve ausência de repartição igualitária entre o papel da vítima e do delinqüente, uma vez que os direitos da vítima sequer foram mencionados, enquanto os direitos humanos se apresentaram exclusivamente como direitos do delinqüente. Tal

¹ Stamatios Tzitzis. *Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l'Homme*, pp. 518 e 519.

² *Ibid.*, p. 525.

³ *Ibid.*, p. 523.

⁴ *Ibid.*, p. 525.

⁵ *Ibid.*, p. 523.

⁶ *Ibid.*, p. 530.

desigualdade de tratamento não existia na democracia grega, na qual os mortos tinham um lugar de honra na Cidade.⁷ Como exemplo dessa assertiva, a interrupção das hostilidades durante a guerra do Peloponeso, a fim de que as partes envolvidas na contenda pudessem sepultar seus soldados mortos com todas as honras (*diké thanontôn*).⁸

4) Na Antigüidade Grega, o assassinato, além de profunda violação ao sagrado, representava um ato de contaminação de uma vila inteira e o homicida não podia permanecer no território. Por esse motivo, com a punição do criminoso, os helenos se purificavam (*Eumênides*, v. 64).⁹

5) No Estado de Virgínia, para onde seria extraditado Soering, “os condenados à morte têm direito aos mesmos serviços médicos que outros detentos”. Possuem atendimentos psicológicos e psiquiátricos, bem como direito de receber visitas. Além disso, os advogados têm acesso a seus clientes. Por esses motivos, não haveria violação ao disposto no artigo 3.º da CEDH, no tocante ao tratamento imposto ao acusado no “corredor da morte”;¹⁰

6) Se a pena de morte, nos países democráticos, não foi abolida *in referendum*, que exprime a vontade do povo, tudo que a afasta afigure-se autoritário, digno de um regime totalitário.¹¹ No processo de extradição examinado, a Corte pôs um obstáculo a um processo legal e democrático de um país que agiu em nome da soberania do direito de impor uma pena justa;

7) Finalmente, propõe a inserção, na lista dos direitos subjetivos, o da reciprocidade, em nome de uma justiça imparcial, de humanidade e democrática.¹²

O presente texto apresenta uma réplica a esses argumentos, na tentativa de demonstrar que a pena de morte não encontra arrimo na

⁷ *Ibid.*, p. 522.

⁸ *Ibid.*, p. 524.

⁹ *Ibid.*, p. 532.

¹⁰ *Ibid.*, p. 533.

¹¹ *Ibid.*, p. 535.

¹² *Ibid.*, p. 535.

mítica grega, nem na democracia moderna. Para tanto, a primeira parte deste estudo, baseado em fundamentação mítico-histórico-simbólica, buscará demonstrar que a lei da reciprocidade existente na Grécia fazia parte de um tempo histórico qualificado como Idade Média Grega. Entretanto, a partir do final do século VII a.C., com a instauração da religiosidade apolínea, modificações significativas passaram a compor a civilização grega. A lei do Talião, de caráter vingativo, foi erradicada, com o ingresso de um tempo novo de respeito aos direitos do homem, no qual penas de exílio, de ritos de purificação e prestação de serviços à comunidade ganharam prioridade. Na Segunda parte, partindo de um estudo comparativo entre a democracia da Grécia Antiga e a democracia moderna, tentar-se-á mostrar que a pena de morte se apresenta incompatível com a concepção moderna de democracia, alicerçada na proteção dos direitos fundamentais do homem.

1. A Visão Mítico-Histórico-Simbólica da Civilização Grega Sobre o Direito à Vida.

Inicialmente, a fim de se comprovar como ocorreram as erradicações do Talião e do caráter vingativo das penalidades, com a instauração da religião apolínea, torna-se necessária uma digressão sumária do processo evolutivo mítico-histórico da civilização dos povos helênicos, bem como uma leitura simbólica dos elementos fenomênicos que povoaram essa cultura.

A civilização grega é a expressão histórica de um povo que como nenhum outro colocou o acento tônico no homem. Suas tragédias contam seu próprio drama: a história de um povo que fez o homem avançar muito, mas na hora do desafio parece não ter tido forças suficientes para manter o ritmo de seu desenvolvimento.

Essa civilização, também chamada de Helenismo, corresponde ao período da história dos povos que habitaram a região da Hélade entre o séc. XXV a.C e VII d.C. Ao longo dos tempos a civilização helênica se forjou como a tradução da mais sincera e intransigente

manifestação de culto ao homem. O helenismo liga o culto do homem com o seu crescimento e faz dele seu tesouro maior. Segundo Toynbee, “no século V a.C., o filósofo helênico Protágoras de Abdera deu forma a tal pensamento, na celebrada frase ‘o homem é a medida de todas as coisas’”.¹³

Povoando e fundamentando a civilização helênica, o Humanismo surge como forma de expressão mítico-filosófico-religiosa de o homem se relacionar com o mundo. O humanismo fascina o homem heleno “numa fase de seu desenvolvimento no qual já adquiriu consciência de ter certo domínio sobre a natureza não humana, mas, ainda não foi forçado a constatar, pela amargura da experiência, a dura realidade de que ainda não conseguiu seu autodomínio”.¹⁴

Os helenos estabeleceram sua religiosidade criando deuses à imagem e semelhança dos homens. Eram deuses movidos por emoções tão humanas que não há como ignorar a correlação entre suas expressões religiosas e as manifestações da estruturação da psique desse povo. Segundo Junito de Souza Brandão, as manifestações mais primordiais da religiosidade de caráter sincrético vindas das várias correntes religiosas, vigentes na região da Hélade, convergiam fundamentalmente para três demandas: a *gnôsis*, a *kátharsis* e a *athanasía*.¹⁵

A demanda por conhecer, ou *gnôsis*, realidade presente e marca desse povo, se realizaria se houvesse uma contínua purificação da vontade e dos desejos do homem (demanda da *kátharsis*). Quando suficientemente purificados, os humanos poderiam receber o conhecimento emanado do próprio divino. Além disso, somente através do conhecimento poderiam alcançar a *athanasía*, ou seja, a libertação dessa vida, geradora de morte e vida.

A demanda para se alcançar a *athanasía*, ou imortalidade, estava associada aos mitos populares de Dioniso. Através dela, o discípulo,

¹³ Arnold J. Toynbee. *Helenismo, História de uma Civilização*, p. 20.

¹⁴ *Ibid.*, p. 21.

¹⁵ Junito de Souza Brandão. *Mitologia Grega*, v. II, p. 125.

Homo Dionysiacus, via *ékstasis*, ou seja, aquilo que gera entusiasmo. Sentia-se liberado dos condicionamentos e interditos de ordem ético-político-social trazidos pelo culto a Apolo. Os devotos de Dioniso participavam de ritos nos quais, através do ritmo do corpo, procuravam encontrar o centro, por onde o divino se manifestaria. A dança, muitas vezes frenética, os colocava em *ékstasis*, em possessão, estado esse entendido como o de ser tomado pelo divino. Esse fenômeno representava a superação da condição meramente humana, fazendo como que o homem mortal, ou o *ánthropos*, se transformasse num herói (*anér*). O estado de possessão conferia ao indivíduo forças extraordinárias, sensação de plenitude, na qual recebia o conhecimento necessário para saber a razão de sua existência. O culto a Dioniso, contudo, representava uma ofensa à religião oficial da *Polis* e os Deuses Olímpicos ficavam ameaçados. Dioniso, segundo o poeta Hesíodo, não pertencia ao panteão dos olímpicos.

A partir do século VIII a.C., com a formação do Estado, começou a vigorar na *Polis* a religião apolínea, que passou a preconizar o respeito ao *métron*, à medida, ao comedimento. Com a nova religião, o conhecimento podia ser adquirido, mas não em excesso. Os sacerdotes de Apolo pregavam que o herói (*anér*) era um *hypocrithés*, ou seja, aquele que respondia em êxtase, com baixa crítica, e por expressar-se como se fosse um outro, tornava-se um ator (*alter*) que entrava no excesso, na *hýbris*, causando violência a si e aos deuses. Na religião apolínea, todo descomedimento despertava ciúmes na divindade, expressos pelas Nêmesis, acarretando a punição do herói (*anér*) com a perda da razão (*áte*). Esta, por sua vez, provocava a loucura (*ánoia*), ou seja, a possessão pelas mênades. O humano possuído pelas mênades cometia atrocidades, crimes contra a natureza. A tragédia representava, dessa forma, a ultrapassagem da medida, do *métron*.

Ao longo da história, o Estado tentou abolir a religião de Dioniso, entendida pelos governantes como a própria *hýbris*, fulcro de crimes ou descomedimentos, que deveriam ser eternamente vingados. Para tanto, apoderou-se da tragédia, instituindo concursos literários, através dos quais os autores seriam convidados a representar ou cantar o herói

guerreiro pleno de *hýbris*, como era próprio de sua natureza. Somente ao herói era permitido ultrapassar a medida e somente ele suportaria o castigo dos deuses. Dessa forma, a tragédia deixa de ser o canto do Deus Bode Dioniso (τραγωιδία), para ser a exaltação do herói guerreiro.

A civilização da época da instauração da religião de Apolo passou a se alimentar de dois legados ancestrais: os poemas épicos de Homero, *Ilíada* e *Odisséia*, que cantam os deuses feitos à imagem e semelhança dos homens, e os poemas *Teogonia* e *Trabalhos e Dias*, de Hesíodo. Fundamentados nesses dois últimos, os helenos passaram a cultivar a força coletiva do grupo. Ninguém, individualmente, poderia se exceder.¹⁶

Já na religião dionisíaca, o corpo deveria voltar à Terra para a transformação e, como consequência, desenvolveu-se o culto aos túmulos. Com a diáspora grega para as costas do Oriente Médio, após a invasão dos Dórios, epopéias foram escritas para contar os feitos heróicos dos antepassados helênicos. O mito¹⁷ passou a ser expressão desse mundo e desse tempo e que, ao ser relatado, coloca todos “*in illo tempore*” ou “*in media res*”.

Havia na Grécia antiga, na qual predominava a religião dionisíaca, o conceito de *miasma* (μιασμα), que significava nódoa, mancha provocada por um homicídio, que atingia não só o autor do crime, mas contaminava toda a tribo. O *miasma* atingia o homem inclusive na sua condição física, porquanto os defeitos físicos eram considerados maldições decorrentes de miasmas.¹⁸

A fase da religião dionisíaca correspondia à dinâmica da consciência dos primeiros tempos, também denominada matriarcal,

¹⁶ Cf. Junito de Souza Brandão. *Mitologia Grega*, v. I, p. 161.

¹⁷ O mito é uma forma de representar o coletivo e tenta explicar o homem, sua origem, seu mundo, ou seja, a complexidade do real. O mito traduz uma forma de pensar analógica, prestando-se a interpretações simbólicas que refletem de forma metafórica o funcionamento da psique humana. Dessa forma, decifrar o mito é decifrar-se a si mesmo.

¹⁸ Cf. Junito de Souza Brandão. *Mitologia Grega*, v. II, p. 94. Vale lembrar que esse conceito de miasma não é exclusivo da cultura grega, mas, de todos os povos da região, incluindo a Ásia Menor. Assim, na mítica judaica o maior de todos os mandamentos da lei de Deus é o quinto e que preconiza Não Matar.

regida pela grande Deusa Mãe, na qual “crime é tudo quanto configura ofensa à vida, ao corpo, à natureza, contra a Deusa que tudo rege e de onde tudo provém. A maior ofensa contra a vida é provocar a morte de um semelhante. O homicídio, na linha troncal, constitui o maior dos crimes dessa dinâmica, sendo considerado sagrado se cometido dentro do *guenos*, do núcleo tribal, contra pessoa do mesmo sangue (*personae sanguine coniunctae*). As maldições *hamárticas* decorrentes dos atos homicidas recaem sobre todos os membros.

Até a reforma jurídica de Dracon ou Solon (emergência da lei e da ordem estatal), famílias inteiras se exterminaram na Hélade, vingando ofensas contra seus familiares. Quando o crime ocorria na linha troncal, não havia como se fazer ‘justiça’, pois a função do vingador deveria ser exercida pelo parente mais próximo, promovendo a morte do assassino. Assim, se o irmão matasse o irmão, o vingador seria um terceiro irmão, ou o pai da vítima que para vingar a ofensa cometeria uma nova hamartia, que se somaria à primeira, configurando, dessa forma, uma sucessão de dolos transmitidos de gerações a gerações, criando um *guenos* maldito: os descendentes do criminoso, também considerados malditos, ficavam à mercê da vingança decorrente das interferências da própria divindade”.¹⁹

Entretanto, a partir do século VIII a.C., Apolo passou a se constituir como a divindade mais importante cultuada nos mais de duzentos templos da Grécia e grandes modificações, de caráter social e político, emergiram na sociedade trazendo mudanças de comportamento e instituição de novos valores. Apolo foi chamado de Deus *Kathársios* (purificador), o deus da purificação, por excelência.²⁰ Apolo, deus de caráter primordialmente oriental, adentrou na mítica grega, helenizando-se. Para tanto, nasceu como filho de Zeus, luminoso, solar, discriminador, e de Leto, deusa lunar oriental. De partida, nota-se que o deus do tempo novo nasceu da coalizão da noite com o dia, da

¹⁹ Maria Zelia de Alvarenga. *A Dinâmica do Coração – Do Herói-Dever, Heroína-Acolhimento para Herói-Heroína-Amante-Amado*, pp. 138 e 139.

²⁰ Cf. Junito de Souza Brandão. *Dicionário Mítico-Etimológico*, v. 1, pp. 87 e seguintes.

lunaridade com a solaridade, antecipando a possibilidade de transcender os opostos. Apolo assumiu a regência do oráculo de Delfos após matar a serpente oracular *Píton*; antes, porém, submeteu-se a ritos de purificação, em função do crime cometido.

Apolo, o novo senhor do oráculo, trouxe idéias e conceitos novos que haveriam de influenciar, pelos séculos seguintes, a vida política, religiosa e social de toda Hélade, bem como os fundamentos da cultura ocidental. Considerado um deus pacificador, contribuiu com sua autoridade, determinada pelos sacerdotes pertencente à classe dos eupátridas, para afastar a lei do Talião e erradicar a vingança de sangue, substituindo-a pela justiça dos tribunais.²¹

Após a instauração do júri popular, temática descrita na terceira peça da trilogia de Ésquilo: “*As Fúrias*” ou “*As Erínias*” ou “*As Eumênides*” (Ésquilo), Apolo substituiu a morte do homicida pelo exílio ou outra penalidade, com longos ritos catárticos, contribuindo, dessa forma, para humanizar os hábitos antigos referentes às penas impostas para os crime de homicídio. Do ponto de vista histórico, essa humanização das penalidades antigas ocorreu inicialmente na cidade de Atenas, no século VI a.C, durante o governo de Dracon, e foram aprimoradas pelo governo de Sólon.²²

O século VIII a.C. assistiu o nascer de um tempo novo, embora marcado pelo peso das mãos dos Eupátridas, os bem nascidos e detentores do poder econômico. Nessa época, Homero compôs suas epopéias que cantam as conquistas helênicas, relatando o culto aos mortos. O último canto *Ilíada* descreve os funerais de Heitor, enterrado com glórias de grande herói num interlúdio de contendas; as batalhas cessaram por doze dias para a realização de jogos fúnebres, celebrados em honra ao herói troiano morto.

Na seqüência histórica, no século VII a.C, Hesíodo, o grande poeta grego, compôs *Trabalhos e Dias* e *Teogonia*, surgindo como um perfeito

²¹ Cf. Junito de Souza Brandão. *Mitologia Grega*, v. II, pp. 95 e 96; Ésquilo. *Orestéia*, *passim*.

²² Cf. Arnold J. Toynbee. *Helenismo, História de uma Civilização*, *passim*.

legislador em nome das musas. Hesíodo é um ordenador do *Khaos*, da massa confusa: transformando-a, faz de Zeus a divindade maior que evolui das trevas para a luz.²³ Hesíodo relata os casamentos divinos do grande regente com divindades femininas e, num processo que reflete a própria transformação do inconsciente coletivo, o Deus emerge transformado desses *coniunctios*, dos quais incorporava atributos que lhe conferiam aspectos crescentes de maturidade. A transformação de Zeus refletia a transformação da cultura helênica.

Zeus casou-se com *Têmis*, deusa da justiça divina, e gerou as *Horas*, tidas como os frutos gloriosos da Terra. *Têmis* é considerada como a lei da natureza, da norma e da boa convivência, principalmente entre seres de sexos diferentes, sejam eles divinos ou humanos. *Têmis* é a que congrega os homens e os deuses em assembléias (*εκκλησια-ekklésia*). As *Horas*, filhas divinas de Zeus e *Têmis* assinalam o momento correto. As Horas não traem e não enganam nunca. São havidas como criaturas verazes. As Horas se expressam segundo três configurações: *Eunomia*, representando a Ordem Legal; *Diké* (ou Dice) como a justa retribuição; Irene como a que representa a Paz.²⁴

Diké e *Têmis* se confundem em suas representações e, algumas vezes, *Diké* emerge como a hipóstase mais representativa de *Têmis*. Quando *Têmis-Diké* é desrespeitada, surgem as *Nêmesis*, ou as deusas vestidas de branco, configurando a raiva justa contra os que violaram a ordem da natureza. As *Nêmesis* representavam a justiça retributiva e eram incumbidas do restabelecimento do equilíbrio violado pela prática do crime (*hýbris*).²⁵

Quando *Têmis*, a do bom conselho, é desprezada, as *Nêmesis* surgem aladas, acompanhadas de *Edo*, a vergonha, para punir os homens. Segundo Hesíodo, as *Nêmesis* e *Edo*, *Temis* e *Diké* abandonariam a civilização no final dos tempos, em decorrência de

²³ Junito de Souza Brandão. *Mitologia Grega*. Vol. I, p. 161.

²⁴ *Ibid.*, p. 33.

²⁵ *Ibid.*, p. 232.

comportamentos antiéticos por parte dos homens. E diz mais, que *Diké* já teria saído da Terra passando a integrar a constelação de *Virgo*.

Simbolicamente um Zeus psíquico e pleno de atributos emerge, e o divino progride em busca da *justiça-Diké*. Junito Brandão, citando Lesky, afirma que “existe um caminho ascendente para a ordem estabelecida por Zeus, que é o triunfo da justiça”.²⁶

Segundo Junito Brandão, no segundo poema *Trabalhos e Dias*, Hesíodo compõe o texto revestindo-o de caráter ético, ligando duas leis fundamentais: necessidade de trabalhar e dever de ser justo. Trabalho e Justiça jamais poderiam se separar, pois a falta do primeiro geraria violência e injustiça.²⁷ Hesíodo escreve *Trabalhos e Dias* na forma de uma história onde o interlocutor é seu próprio irmão Perses, que havia roubado Hesíodo quando da divisão da herança recebida do pai. Perses experimentou a miséria e buscou ajuda do irmão que, a par de acolhê-lo, incita-o a seguir o caminho do trabalho e assumir a responsabilidade de seus atos.

Os textos gregos surgidos a partir de Hesíodo denotam o início de um tempo novo da dinâmica da consciência, de cunho patriarcal, anunciada pela emergência do herói conquistador e da heroína acolhimento. Tal dinâmica, “regida pelo arquétipo do Pai, estabelece um código no qual a ordem, o dever e a honra são realidades incontestáveis e norteiam a relação entre os humanos. O código não aceita exceções nem pode ser alterado sem anuência do coletivo. A ordem determina que a vida é soberana dentro da tribo, estabelece discriminação dos limites, estipula a hierarquia dos cargos e declara a assimetria das relações; o dever estabelece a obrigatoriedade do cumprimento de tarefas como realidade imposta pela ordem vigente; a honra define a probidade dos homens que, reconhecidos pelos seus feitos e méritos, devem ser respeitados por todos sem contestação. Dessa forma, crime é tudo quanto ultrapassa a medida do que está

²⁶ *Ibid.*, p. 163.

²⁷ *Ibid.*, p. 163.

previsto pelo limite da lei ou do código, código esse estatuído por um conjunto de normas e regras decorrentes do *ethos* coletivo”.²⁸

As composições literárias de Homero e Hesíodo, que retratam a dinâmica do novo tempo da consciência, constituem, inegavelmente, fonte de expressão da sabedoria do coletivo. O poeta é o vate, que decodifica o símbolo para a consciência, concorrendo para a estruturação de tempos novos. Apesar da cultura grega cultuar o progredir do coletivo exortando o comedimento de todos, as obras literárias apontam também para a importância do acolhimento das regras, para o respeito ao *éthos* e falam da necessidade do indivíduo assumir a responsabilidade diante de seus atos. A individualidade com as características de reflexão, próprias da dinâmica apolínea, começa a se estruturar em definitivo.

Os descomedimentos, tão presentes nos cultos orgiásticos dionisiacos, foram progressivamente substituídos pelo culto à regra estabelecido na religião de Apolo. Encimando o oráculo de Delfos, a inscrição Γνοτη σαυτον, μεδεν αγαν, “conhece-te a ti mesmo mas não em demasia”, é a máxima apolínea. Conhecer-se a si mesmo é uma necessidade do homem, mas o deus Apolo adverte: não em demasia, ou seja, não queira ser deus, não ultrapasse o interdito, pois se o fizer estará sujeito às leis maiores do próprio divino. A *hýbris* ou a *demesure* ou o descomedimento está interdita ao homem. E cada vez mais a consciência coletiva estrutura a certeza de que as tragédias existem como decorrência de nossos próprios atos, ensinamento presente nas peças gregas, escritas no século V a.C, pelos três maiores trágicos da antiguidade: Ésquilo, Sófocles e Eurípides.

Ésquilo, com sua trilogia Orestéia, deixa clara a condição do nascer de um tempo novo: Orestes, matricida, que cometeu o maior de todos os crimes para a antiguidade grega, é julgado pelo primeiro júri popular mítico instituído, regido por Apolo, com Athená aliada à defesa do herói, instituindo a máxima que se traduzirá como um dos fundamentos da Justiça: *in dubio pro reo*.

²⁸ Maria Zelia de Alvarenga, *A Dinâmica do Coração – Do Herói-Dever, Heroína-Acolhimento para Herói-Heroína-Amante-Amado*, p. 139.

Athená (Minerva romana) declara seu voto, mesmo antes do julgamento, afirmando que se houver empate entre os jurados, decidirá em favor de Orestes. As Fúrias, presentes no julgamento, ensandecidas com o crime, pedem a condenação do herói, exigindo que seu sangue seja derramado para vingar a morte da mãe Clitemnestra. Athená, em sua apologia às *Erínias*, exorta-as a mudanças, alertando que os tempos são outros e que se elas não forem cultuadas deixarão de existir. As Fúrias, diante da ameaça de esquecimento, deixam de ser deusas da vingança, transformando-se em *Eumênides* ou em bem-aventuranças, protetoras da raça humana. Mesmo absolvido do crime de morte, Orestes precisará cumprir ritos purificatórios. Ésquilo, na estrutura literária de suas peças, mantém a argumentação de personagens submetidos ao destino prescrito pelos deuses, numa luta insana para fugir às tramas dos desatinos divinos.

Sófocles surge no cenário público, após alguns anos, apresentando o homem com seus conflitos subjetivos, numa eterna busca pela verdade: *Édipo Rei* e *Antígona* são exemplos dessa assertiva. A mais elegante e criativa de todas as peças remanescentes de Sófocles, *Antígona*, foi escrita para exortar a heroína contestadora da lei imposta pelo Estado que a impedia de enterrar o irmão Polínice, morto como inimigo. A heroína invoca seu direito de dar ao irmão o ritual fúnebre sem o que sua alma, *eidola*, vagaria errante, sem encontrar o caminho dos Inferos, região dos mortos. Antígona, inconformada com o que lhe é negado, joga terra sobre o corpo do irmão, ritualizando seu enterro. Assume a responsabilidade pelo ato e é condenada à morte por tal comportamento, sendo emparedada viva. O rei Creonte, que a julgou, arrepende-se quando questionado pelo próprio filho Hêmon, que irá se matar ao saber que a amada Antígona está morta. Creonte tenta reverter sua decisão, mas, já não há mais tempo: o cadáver de Hêmon jaz ao lado do túmulo da amada Antígona. A heroína morreu por princípios e valores nos quais acreditava: os personagens da peça passam a exprimir a força da individualidade. O indivíduo emerge com nome próprio.²⁹

²⁹ Sófocles. *Antígona*.

Eurípides, o terceiro dos grandes trágicos, escreveu sobre as emoções que povoam a alma de todos nós, denunciando com clareza incontestada que os desatinos da vida são decorrentes de nossos próprios conflitos. Em sua peça *Medéia*, a protagonista clama no seu desespero: “compreendo o crime que tenho a audácia de praticar, mas a paixão é mais forte do que a razão e é ela que causa as maiores desgraças para os mortais”.³⁰ Os seres humanos, hipostasiados pelos seus personagens míticos, clamam por vingança, e com esse comportamento intempestivo as tragédias se consumam. Em outras palavras: quando os homens são tomados pela emoção, objetivam a vingança e cometem desatinos que configuram tragédias.

Como se conclui pela evolução mítico-histórica da Grécia antiga, o Estado que permanecer preconizando a lei do Talião manterá a mesma propositura primitiva e sombria da Idade Média grega, contestada pela formulação apolínea dos tempos novos, na qual a pena de morte, como reflexo de uma justiça retributiva, não encontra espaço.

A morte do homicida não traz de volta a *areté*, ou seja, a excelência daquele que morreu, e a *timé*, o direito de ser honrado. Ambas as virtudes, *areté* e *timé* permanecem, sendo da competência dos que ficam cultuá-las como valores imortais. Hoje, mais que nunca, somos todos “irmãos” simbólicos da grande família que habita a mesma Terra Mãe. O homicida é um maldito porque infringiu a lei divina e não compete ao homem infringir a mesma lei decretando a morte do outro, num contexto de vingança.

A lei do Talião exorta à reciprocidade. A lei de Apolo exorta à reflexão. A reciprocidade da justiça, vingança pelo sangue derramado, invocada nas *Suplicantes* ou em *Hécuba*, textos de Eurípides, não aplaca a dor do luto dos que perderam entes queridos. O culto aos mortos, até os dias de hoje, é da competência dos que ficam: lembrá-los é rememorar seus feitos e manter sua glória.

³⁰ Eurípedes. *Medeia*, p. 48.

2. A Contestação da Pena de Morte na Democracia Moderna.

Na democracia de Atenas, preconizada por Péricles, não havia o reconhecimento dos direitos individuais na formação filosófica e política, embora os governantes fossem escolhidos pelos cidadãos, excluídos dessa categoria os escravos e os estrangeiros. A liberdade política limitava-se à participação dos cidadãos nas funções públicas e nas assembleias populares. Não eram, contudo, reconhecidos como portadores de direitos subjetivos fundamentais. Não possuíam a liberdade individual nem a igualdade civil. A idéia de democracia restringia-se à participação política do cidadão na *Polis*, sem reconhecimento da qualidade individual, considerada desprovida de valor essencial.

Não havia liberdade dos cidadãos na esfera da vida privada. Como realçado nas *Leis* por Platão: “aquele que tencione dar a uma Cidade leis que disponham sobre a conduta dos cidadãos no exercício das funções públicas e oficiais e julgue não ser preciso regular os atos privados; aquele que permita a cada um passar como entende seus dias, e, em vez de sujeitar tudo a uma regra, deixa os negócios privados seguirem o seu curso livres de qualquer lei... esse labora em erro”.³¹ Como conclui José Renato Nalini, “a esfera de autonomia individual era desconhecida dos antigos. Daí falar-se em liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, análise devida a Benjamim Constant. No pensamento político grego a personalidade humana só poderia se desenvolver na plenitude possível, quando integrada e subordinada ao Estado. A liberdade seria a participação na vida da *polis*. Tanto assim, que Aristóteles e Platão igualmente justificavam a existência de escravos. Já para os modernos, a liberdade é a realização na existência individual”.³²

Outra é a concepção da democracia moderna, na qual o conceito de cidadania ultrapassa a titularidade de direitos políticos, não se

³¹ *apud* Jean-Jacques Chevallier. *História do Pensamento Político*, t. 1, p. 71.

³² José Renato Nalini. *Constituição e Estado Democrático*, p. 75.

limitando à participação do povo na coisa pública, mas no completo desenvolvimento do Estado Democrático, consubstanciado na garantia geral dos direitos fundamentais do homem, como diz José Afonso da Silva.³³ Com base nesses direitos, erigidos a dogmas constitucionais, entre os quais o da inviolabilidade da vida humana, diversos países aboliram a pena de morte nas últimas décadas. Na Europa ocidental, nenhum país a possui no direito comum.

A transformação da concepção de democracia antiga em moderna ocorreu, de forma marcante, a partir do triunfo do individualismo preconizado pelo Iluminismo do século XVIII. A filosofia das luzes deu caráter universal ao reconhecimento da autonomia do homem e aos direitos naturais a ele inerentes dentre os quais, o direito à vida. Na lição de Sérgio Paulo Rouanet, “o Iluminismo visa a emancipação de todos os indivíduos, independentemente de raça, gênero e nacionalidade, na tríplice dimensão da economia, da política e da cultura. Noutras palavras, em sua busca de autonomia o Iluminismo é universalista em sua abrangência e individualizante em seu foco. Seu horizonte é a humanidade inteira. E, enquanto titulares de direitos, os seres humanos devem ser emancipados como indivíduos e não como membros de uma cultura ou de uma nação”.³⁴

Na visão de Rouanet, o ideal universalista do Iluminismo desemboca na concepção de uma democracia mundial, que “supõe uma comunidade mundial composta de cidadãos livres e iguais, titulares dos mesmos direitos, independentemente de sua nacionalidade e de sua etnia. Seguindo a lição de filósofos como Isaiah Berlin e Norberto Bobbio, os defensores dessa concepção encaram com ceticismo a noção de direitos coletivos, na medida em que eles possam colidir com os direitos fundamentais do homem”.³⁵

A tendência da universalização concreta da defesa dos direitos fundamentais do homem se fez sentir a partir do final da Segunda Guerra

³³ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 121.

³⁴ Sérgio Paulo Rouanet. *A Morte e o Renascimento das Utopias*, p. 16.

³⁵ *Ibid.*, p. 16.

Mundial, quando a comunidade internacional tomou ciência das atrocidades cometidas durante os conflitos, principalmente o holocausto. A comunidade internacional, então, percebeu a necessidade de serem elaborados vários tratados de proteção aos direitos humanos, com destaque para Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948. Os pactos e convenções elaborados na segunda metade do século XX reforçaram a exigência de prevalência da proteção dos direitos fundamentais individuais sobre os direitos fundamentais coletivos, em prol da própria humanidade.

Não é outra a lição de Antonio Augusto Cançado Trindade, para quem “o desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável competência nacional exclusiva”.³⁶

Embora a pena de morte ainda não tivesse sido abolida no Estado de Virgínia, não obstante já tivesse ocorrido em outros Estados Norte Americanos, acertada a denegação da extradição de Jens Soering por parte da Corte, amparada na Convenção Européia de Direitos Humanos, porquanto na interpretação dos tratados e pactos internacionais, não se pode invocar o dogma da soberania de um Estado, mesmo democrático, quando se trata de questões afetas à proteção dos direitos fundamentais do homem. Esse o pensamento de Antonio Augusto Cançado Trindade: “No processo de interpretação dos instrumentos de proteção internacional, como dos tratados em geral, não tem havido – como não poderia haver – lugar para a invocação do dogma da soberania: também no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no exercício pleno de sua soberania, e na livre aceitação pelos Estados de obrigações, no plano internacional, não há de ser tida – como não o poderia ser – como um abandono da soberania”.³⁷

³⁶ Antonio Augusto Cançado Trindade. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, p. 4.

³⁷ *Ibid.*, p. 5.

Além dos pactos e tratados de direitos humanos, o recém criado Tribunal Penal Internacional, em conferência realizada em Roma, em 1998, destinado ao processo e julgamento de crimes contra a humanidade, comprova a tendência da globalização da proteção dos direitos fundamentais. Esse tribunal ainda não se encontra em funcionamento, necessitando, para tanto, que um mínimo de sessenta países ratifiquem o tratado no qual foi criado. Entre as penas previstas, o Estatuto do Tribunal Internacional rejeitou a pena de morte. Segundo Sylvia Helena Figueiredo Steiner, “no Comitê Preparatório, que antecedeu a Conferência de Roma, as discussões foram acirradas, já que diversas delegações insistiam na inclusão da pena de morte, ao argumento de que sem a possibilidade de haver essa pena o objetivo intimidatório da Corte seria diminuído, bem como sua credibilidade reduzida. Outros, contrários à pena de morte, acenavam com a incompatibilidade entre tal pena e disposições expressas em Convenções de Direitos Humanos por seus Estados ratificadas, o que tornaria incompatível a ratificação do Estatuto”.³⁸

Com efeito, a pena de morte afigura-se incompatível com as disposições expressas em Convenções Internacionais de Direitos Humanos, que reconhecem a inviolabilidade da vida humana e propõem medidas aptas a afastar a pena de morte dos ordenamentos jurídicos dos Estados nos quais ainda não foi abolida.

A Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950) não impedia a aplicação da pena de morte, desde que houvesse previsão legal, no entanto, o Protocolo n.º 6 à referida Convenção, de 28 de abril de 1983, considerando a tendência dos Estados membros em abolir a pena capital, estabeleceu: “art. 1.º - A pena de morte é abolida. Ninguém pode ser condenado a tal pena nem executado; art. 2.º - Um Estado pode prever na sua legislação a pena de morte para atos cometidos em tempo de guerra ou de perigo iminente de guerra; tal pena só será aplicada nos casos previstos por essa legislação

³⁸ Sylvia Helena Figueiredo Steiner. *O Tribunal Penal Internacional*, p. 105.

e em conformidade com as suas disposições. Esse Estado comunicará ao Secretário-Geral do Conselho da Europa as disposições pertinentes da legislação em causa”.³⁹ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por sua vez, em seu item 4, que cuida do Direito à Vida, prescreve, em seu artigo 3.º, que “não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”.

A pena de morte, sem dúvida, afigura-se ilegítima por atentar contra o princípio de direito fundamental relativo à inviolabilidade da vida, essencial à proteção da dignidade humana. Se o Estado protege a vida humana e considera como crime o homicídio, afigura-se incoerente a presença da pena de morte em seu ordenamento jurídico. Segundo José Rafael Mendoza Troconis, *“si el legislador prohíbe matar, i luego establece como sanción del homicidio o de otros delitos, la muerte del homicida o del sujeto activo de los otros hechos punibles, esa contradicción con el principio contiene un vicio de inmoralidad”*.⁴⁰

Além de atentar contra a inviolabilidade do direito fundamental à vida, a pena de morte representa uma sanção revestida de crueldade, em desacordo com a Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, cujo artigo 3.º, no qual foi amparada a decisão denegatória de extradição de Jens Soering, estabelece que “ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Como sublinha Juarez Cirino dos Santos, “a pena de morte é a última modalidade de pena cruel, desumana e degradante da história do direito penal: cruel, pelo sofrimento físico e mental do condenado, sua família e amigos; desumana, pela ruptura de sentimentos mínimos de piedade e de solidariedade entre os homens; e degradante, pelo envilecimento moral e social de seus aplicadores e executores.”⁴¹

³⁹ Cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos.*, p. 451.

⁴⁰ José Rafael Mendoza Troconis. *La Denominada Pena de Muerte*, p. 390.

⁴¹ Juarez Cirino dos Santos. “A Morte da Pena”, in *Folha de S. Paulo*, de 15.12.1991

Como comentado em outro estudo, com base nas informações colhidas pela Anistia Internacional, “além da execução em si, a crueldade maior consiste na expectativa da morte infligida ao condenado, que pode durar meses ou anos. Mesmo após a sentença, a angústia provocada por cada etapa do processo de apelação pode deprimir certos prisioneiros a tal ponto que chegam a desistir do recurso e aceitar a execução, como uma forma de suicídio. O isolamento no ‘*corredor da morte*’, às vezes longo tempo antes da execução, causa a ‘*morte da personalidade*’, com a perda do sentido da realidade, acompanhada de uma degradação física e mental.”⁴² Essa espécie de tortura psicológica foi descrita por um psiquiatra que se ocupou de prisioneiros do “*corredor da morte*” em Trinidadá-e-Tobago. Em sua declaração perante a Suprema Corte daquele país, comentou que “uma prisão em tais condições acarreta alterações psicológicas do tipo eufórico e depressivo. A reclusão prolongada num espaço restrito provoca inevitavelmente uma reação de claustrofobia e conduz freqüentemente à ansiedade crônica e à depressão. Os prisioneiros têm tendência a tornar-se dóceis e, em certos casos, chegam a perder a vontade de viver. A prisão prolongada numa pequena cela iluminada mesmo à noite pode ser considerada como uma forma de tortura psicológica”.⁴³ Por tais motivos, a crueldade imposta pela condenação à morte não fica elidida nem minimizada com eventual bom tratamento ou boa assistência prisional dispensados aos condenados nas etapas que precedem a execução.

Stamatios Tzitzis sustenta que se tivesse de priorizar os direitos individuais sobre os coletivos ter-se-ia de eliminar não só a pena de morte, como a privativa de liberdade, pois ambas violam direitos individuais.⁴⁴ De fato, “poder-se-ia afirmar que a de prisão também viola o direito natural de liberdade e, apesar disso, é aceita na totalidade dos países; no entanto, a privação de liberdade só se justifica pela concepção moderna de prevenção específica, voltada para a reeducação do

⁴² Cf. Amnesty International. *La Peine de Mort Dans le Monde*, p. 62. *Apud* Oswaldo Henrique Duek Marques. *A Pena Capital e o Direito à Vida*, p. 68.

⁴³ Cf. Amnesty International. *La Peine de Mort Dans le Monde*, p. 63.

⁴⁴ Stamatios Tzitzis. *Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l'Homme*, p. 530.

delinqüente, com possibilidades de sua reinscrição social, o que não ocorre com a sanção máxima, cuja única eficácia comprovada é a retributiva”.⁴⁵ Como adverte Jesús-María Silva Sánchez, “*en tanto en cuanto siga siendo necesaria la pena privativa de libertad – y ésta, por razones de prevención general, habrá de seguir ocupando un papel importante en el sistema penal –, no podrá renunciarse a la resocialización*”.⁴⁶

A pena de morte, ao contrário da pena privativa de liberdade, se acha em descompasso com o Direito Penal garantista, que encontra seus limites de atuação estatal nos princípios de proporcionalidade, de ressocialização e, principalmente, no de humanidade. A esse respeito, para concluir, as palavras de Miguel Torga por ocasião do centenário da abolição da pena de morte em Portugal: “A tragédia do homem, cadáver adiado, como lhe chamou Fernando Pessoa, não necessita dum remate extemporâneo no palco (...) Por isso, humanos que somos, exijamos de forma inequívoca que seja dado a todos os povos um código de humanidade. Um código que garanta a cada cidadão o direito de morrer a sua própria morte”.⁴⁷

**Maria Zelia de Alvarenga,
Médica Psiquiatra, Membro Analista da
Sociedade Brasileira de Psicologia Analítica**

**e Oswaldo Henrique Duek Marques,
Procurador de Justiça, Professor Livre-Docente em
Direito Penal pela Faculdade de Direito da PUC-SP.**

⁴⁵ Oswaldo Henrique Duek Marques. *A Pena Capital e o Direito à Vida*, p. 69.

⁴⁶ Jesús-María Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 32.

⁴⁷ Miguel Torga. *Pena de Morte*, p. 5.

BIBLIOGRAFIA

- ALVARENGA, Maria Zelia de. *A Dinâmica do Coração – Do Herói-Dever, Heroína-Acolhimento para Herói-Heroína-Amante-Amado*. In: *Junguiana – Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Analítica*, São Paulo, n.º 18, 2000.
- AMNESTY INTERNATIONAL. *La Peine de Mort Dans le Monde*. Paris: Les Éditions d'Amnesty International, 1989.
- BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. Petrópolis: Vozes, v. I e II, 1987.
- _____. *Dicionário Mítico-Etimológico*. Petrópolis: Vozes, v. 1, 1991.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político*. Tradução de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, t. 1, 1982.
- DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *A Pena Capital e o Direito à Vida*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- ÉSQUILO. *Orestéia*. Tradução de Mário Gama Cury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.
- EURÍPEDES. *Medeia*. Tradução de Maria da Eucaristia Daniellou. Rio de Janeiro: Universidade Santa Úrsula, 1980.
- NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *A Morte e o Renascimento das Utopias*. In: *Folha de São Paulo*. Caderno Mais! 25 de junho de 2000.
- SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Morte da Pena*. In: *Folha de São Paulo*, de 15 de dezembro de 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Mário Gama Cury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.
- STEINER, Sylvia Helena Figueiredo. *O Tribunal Penal Internacional*. In: *Revista do Tribunal Regional Federal – 3.ª Região – n.º 41 – janeiro/março de 2000*.
- TORGA, Miguel. *Pena de Morte*. In: *Pena de Morte – Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, v. 1, 1967.
- TOYNBEE, Arnold J. *Helenismo, História de uma Civilização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1983.
- TRINDADE, Antonio Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TROCONIS, José Rafael Mendoza. *La Denominada Pena de Muerte*. In: *Pena de Morte, Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, v. II, 1967.
- TZITZIS, Stamatios. *Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l'Homme*. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano: Giuffrè editore, n.º 68, jul/set-91.

pal est ra: a prote ção do ambiente mar inho

tullio scovazzi, titular da cadeira de
direito internacional da università degli
studi di milano-bicocca
(tradução de liliana alodi rossit)

A PROTEÇÃO DO AMBIENTE MARINHO

(Texto da palestra do professor doutor Tullio Scovazzi, proferida na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, no dia 1.º de junho de 1999. Tradução de Liliana Allodi Rossit.)

É, para mim, uma grande honra poder dar esta conferência na ESMP de São Paulo. Agradeço o diretor, Herberto da Silveira, por este convite. Agradeço também o caro colega Paulo Affonso Leme Machado, por todas as atividades de colaboração muito próxima que há algum tempo começamos no Brasil. O Brasil é um país, percebo sempre mais, onde a consciência dos problemas ambientais é muito desenvolvida e se faz um grande esforço para enfrentar estes problemas da melhor maneira.

Falarei em italiano. Infelizmente, não tenho condições de falar em português. Procurarei falar muito lentamente e agradeço à Dra. Allodi que amavelmente aceitou elaborar a tradução, de tempos em tempos, fazendo um resumo daquilo que exporei.

O tema de minha exposição é a proteção do ambiente marinho, vista em conjunto com as normas de direito internacional acerca da proteção do ambiente. Estamos, pois, no setor do direito internacional. Relações entre os Estados, normas jurídicas que se formam através de tratados, através de costumes, e que criam obrigações para os sujeitos que são os Estados; ou seja, entes soberanos que não têm um superior acima deles.

O direito internacional do ambiente desenvolveu-se em torno de duas normas gerais que possuem uma importância fundamental, e que também se aplicam ao mar. A primeira norma é a proibição de poluição

fronteiriça; a Segunda norma é a obrigação de cooperação entre os Estados para a proteção do ambiente marinho.

Vejam os Estados Unidos a primeira norma, qual seja, a proibição de poluição fronteiriça. Esta norma foi declarada pela primeira vez em 1942, em uma sentença arbitral proferida em um caso que ocorreu entre o Canadá e os Estados Unidos. Tratava-se de uma questão de poluição atmosférica. De fato, existia uma fundição, situada na divisa entre o Canadá e os Estados Unidos, e a fumaça emitida pela fundição, em razão dos ventos, poluía o território dos Estados Unidos. Este era o problema.

Os Estados Unidos protestaram. Disseram ao Canadá: Você não pode fazer isso. E o Canadá respondeu: Não posso fazer por quê? Qual é a norma jurídica que me impede? Não existiam precedentes. Era um caso que se colocava pela primeira vez. E os dois países, que têm, tradicionalmente, uma relação amigável, acordaram em submeter o caso a um Tribunal arbitral, que proferiu sua decisão. Decisão muito importante, porque era primeira vez que um caso do gênero era apresentado e, desse modo, o juiz, mesmo não podendo afirmá-lo, desenvolveu uma função quase criativa da norma jurídica.

O Tribunal decidiu em favor dos Estados Unidos. Enunciou uma regra: nenhum Estado pode usar seu próprio território, ou permitir que alguém o use, de modo a corromper o território de outro Estado. Regra que prevê, pois a proibição de poluição fronteiriça e este princípio foi sucessivamente desenvolvido para abarcar outras hipóteses. Não apenas o Estado deve evitar comportamentos que poluem o território de outro Estado, como, por exemplo, através de experimentos com armas, que criam consequências danosas para outros Estados, como também deve vigiar, deve prevenir, atividades desenvolvidas por particulares. Desse modo, o Estado tem uma obrigação de vigiar todo o território, bem como todas as atividades que nele se desenvolvem. Este princípio também se aplica ao mar.

Se um navio que desfralda bandeira de um país polui as águas territoriais de outro país, temos um caso em que se pode aplicar a regra de proibição de poluição fronteiriça.

No mar existem igualmente zonas de alto mar, zonas que não estão submetidas à soberania de nenhum Estado. Temos o mar territorial, que parte da costa, hoje doze milhas; temos a zona econômica exclusiva¹, de duzentas milhas, cuja fruição dos recursos econômicos, e também o direito, em matéria de proteção ambiental, são exercidos pelo Estado costeiro. Porém, além das duzentas milhas temos o alto mar, uma zona onde ninguém exerce a soberania.

Pois bem. Ainda que um Estado polua o alto mar, é possível aplicar a norma referente à proibição da poluição fronteiriça todas as vezes em que uma substância poluente passa uma fronteira, seja entre o território de um Estado e de outro, seja entre o território de um Estado e as águas marinhas, seja entre um navio e uma zona como o alto mar, onde ninguém exercita a soberania.

Se, porém, se trata de alto mar, surge um difícil problema suplementar.

Dirijo-me a um público de juristas e, desse modo, penso que todos já tenham imaginado qual é o problema. Quem é a vítima? No alto mar, com efeito, não há Estado que exercite a soberania. Se temos um caso de poluição que se inicia em um território e atinge outro território, há um Estado que é responsável e um Estado que é vítima da poluição. Mas quando se fala em zonas de alto mar, considera-se que é lesado um interesse comum de todos os Estados. Uma espécie de interesse difuso, de toda a coletividade internacional.

Não existe, portanto, uma vítima precisa da poluição, mas todos os Estados são autorizados a demandar a reparação desse ato ilícito. Não é possível identificar um Estado particularmente atingido. A obrigação de não poluir, porém, nos últimos anos, assumiu um conteúdo ainda mais forte. Hoje, o direito internacional não se limita a proibir a poluição fronteiriça, mas prevê igualmente a obrigação dos Estados de cooperar para a tutela dos equilíbrios mundiais.

¹ Segundo dispõe a Lei 8.617, de 04/01/93, "A zona econômica exclusiva brasileira compreende uma faixa que se estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial"(nota explicativa extraída as obra de Paulo Afonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 7.^a edição, p. 83).

Equilíbrios que estão na base do desenvolvimento da vida no planeta. São os assim chamados “global commons”, ou seja, bens, espaços de interesse de todos. A manutenção da estabilidade climática, a proteção da camada de ozônio, a proteção da biodiversidade. Trata-se de equilíbrios a respeito dos quais é impossível identificar um Estado que cria o dano; todos os Estados contribuem para criar o dano ou a criar o perigo de dano, sendo impossível identificar a vítima. Todos são vítimas.

Se, na sequência do uso excessivo de combustíveis fósseis, a temperatura da atmosfera aumenta, todos os Estados contribuem para este fenômeno e todos são, igualmente, atingidos. E relativamente a este tipo de degradação ambiental, não faz sentido pensar em reparar os danos. Estes seriam tão grandes que não se pode pensar em repará-los. Em verdade, não é possível repará-los. Portanto, deve-se insistir na prevenção, na obrigação de prevenir a ocorrência de danos desse tipo.

A manutenção dos equilíbrios fundamentais para o planeta pressupõe custos muito elevados. E estes são também confirmados pela dificuldade nas negociações. Tome-se como exemplo as negociações acerca do aquecimento da atmosfera, que progredem com muita dificuldade, muito lentamente: quem deve pagar o custo das medidas de prevenção; a passagem do uso de combustíveis fósseis, carvão, petróleo, para outras formas de energia. E é claro que se formam, também, problemas nas relações entre Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento.

Afirma-se, outrossim, o princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada. Muitos Estados em desenvolvimento entendem que a deterioração ambiental é devida ao consumo excessivo de recursos naturais, levado a efeito pelos países desenvolvidos. Desse modo, todos devem cooperar, porém é igualmente justo que aqueles que mais contribuíram para a degradação ambiental sejam chamados a contribuir mais, quando se trata de adotar medidas para a prevenção e evitar que este fenômeno piore.

Assim, a proibição de poluição fronteira, que está na origem do direito internacional do ambiente, permanece como uma regra fundamental, mas, atualmente, deve-se somar a esta regra a obrigação

de os Estados protegerem o meio ambiente em sentido global, visando à proteção de bens que possuem valor para a comunidade internacional, para todos os Estados. Esta afirmação é importante porque significa que os Estados devem agir também quando não se produzem efeitos fronteiriços.

A proteção do meio ambiente, assim, deve ser entendida em sentido absoluto. Se examinarmos o artigo 192 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que é o tratado que codifica o direito do mar – neste livro temos somente os textos em francês e inglês do tratado, de modo que se observa as minúcias deste trabalho de codificação –, porém, no início do aparte sobre a proteção do ambiente há uma norma muito breve que leio em inglês: “States have the obligation to protect and preserv the marine environment”. Ponto.

Existem também normas muito detalhadas, todavia o ambiente marinho é visto como valor global, que, por isso, deve ser protegido pelos Estados, mesmo que não haja consequências diretas. No mar, normalmente, a poluição produz consequências transfronteiriças. É importante, contudo, examinar o ambiente marinho dentro de um contexto geral, com a necessidade de ser sempre protegido.

A segunda norma diz respeito à obrigação de cooperação entre os Estados, para a proteção do meio ambiente. Os Estados, diz-se, têm a obrigação de cooperar para estabelecer, de comum acordo, as normas mais aptas a afastar os vários tipos de poluição.

Porém, do ponto de vista jurídico, o que significa a obrigação de cooperar? Quando se diz que um Estado é obrigado a cooperar com outros Estados, o que esse Estado deve fazer? Quais são, em concreto, os comportamentos que o Estado deve ter? Significa uma obrigação de agir de boa-fé, na busca de acordos adequados com os outros Estados. Por exemplo, se existe um perigo para o meio ambiente, o Estado que toma conhecimento da existência desse perigo deve informar os demais. Se em um Estado instala-se uma indústria perigosa, na divisa com outro Estado, aquele deve noticiar o Estado vizinho, que poderia ser prejudicado em consequência de um acidente.

Assim, antes de mais nada, o Estado tem o dever de informar. Em seguida, disponibilidade para negociar, visando à resolução de problemas comuns e, como disse a Corte Internacional de Justiça em alguns casos, *negociar* não significa iniciar uma negociação em sentido formal, mas dispor-se a conhecer as posições do outro Estado. Não se pode falar em negociação séria se um Estado insiste em manter sua própria posição, sem se dispor a mudá-la em virtude da posição de outro Estado. Não é correto afirmar: isto será assim se estiver bom para você dessa forma; e se não estiver bom, será assim igualmente. Não, esta posição não revela a obrigação de agir de boa-fé.

Se todos os Estados Interessados agem de boa-fé é provável que se consiga, no final, um acordo idôneo para enfrentar o problema. Certo, não é possível impor um acordo a um Estado que não o quer aceitar. De fato, os Estados são soberanos e pressupõe-se que agindo de boa-fé reúnam condições para enfrentar os problemas. Mas não há uma garantia absoluta; não existe uma autoridade superior aos Estados que possa impor um acordo a um País que não o quer. Este é, certamente, um defeito, um inconveniente da sociedade internacional. Por exemplo, tomemos o alto mar e pensemos em alguns Estados, que têm interesse na pesca de um determinado recurso presente no alto mar, verifiquem que esse recurso está se exaurindo e, por isso, entrem em acordo para limitar suas atividades de pesca em certos períodos do ano, ou em utilizar redes com mínimas dimensões. Pois bem. Os Estados que não fazem parte do acordo, como não são obrigados a observar as mesmas medidas, podem tirar vantagens do sacrifício dos demais. Isto parece injusto. Mas é um inconveniente ligado à ausência de soberania em alto mar.

Justamente com o objetivo de remediar esse inconveniente, em 1995 concluiu-se um acordo que foi adicionado à Convenção sobre o Direito do Mar, relativo à pesca em alto mar. Esse acordo prevê que se criem organizações regionais para a pesca, em determinadas zonas como, por exemplo, o Atlântico Norte, o Mediterrâneo, e dispõe que todos os Estados interessados na pesca têm o direito de fazer parte dessas organizações regionais, que decidem a respeito das cotas de captura.

Se, porém, um Estado não quiser fazer parte do acordo, e não pretender observar as medidas estabelecidas pelos demais, esse Estado perde o direito de pescar. Este é um enorme progresso na regulamentação do alto mar porque, pela primeira vez, passou-se a limitar a idéia da total liberdade em alto mar, passando-se, ademais, à idéia do desenvolvimento sustentável dos recursos naturais.

Desse modo, o que se diz é que é possível pescar, mas se alguém não quiser desenvolver suas atividades de modo sustentável, de modo racional, perde-se o direito. Como se vê, estão sendo feitos progressos, que visam a limitação da absoluta soberania dos Estados, como o objetivo de favorecer uma administração racional dos recursos naturais.

Como está regulamentada a proteção do ambiente marinho? Existem alguns tratados. Talvez muitos tratados.

Esta Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar é uma convenção de codificação que diz respeito, em geral, a todos os tipos de poluição.

Existem, outrossim, tratados mundiais que dizem respeito a todos os mares, todos os oceanos, e que disciplinam alguns tipos de poluição, como, por exemplo, a poluição decorrente dos navios ou aquela decorrente da imersão de dejetos.

Há, igualmente, alguns tratados regionais, que se referem a alguns mares regionais, o Mediterrâneo é um; foi o primeiro exemplo de tratado dessa espécie, mas há perto de uma dezena de tratados referentes a mares fechados ou semi fechados, ou, ainda, porções de oceanos, que forma concluídos pelos Estados ribeirinhos daqueles mares ou daquelas zonas de oceano.

E como se harmonizam esses tratados entre si?

A harmonização pode ocorrer somente em uma direção, qual seja, que o tratado mais específico contenha normas mais protetivas para o meio ambiente, em relação ao tratado mais geral. Por exemplo, na convenção sobre o Mediterrâneo deveriam estar previstas normas mais protetivas para o meio ambiente do que as convenções que valem para

todos os mares e para todos os oceanos. Assim, o único modo de coordenar tais normas, para evitar confusões ou contradições, é aquele de legislar através de normas regionais mais protetivas, em comparação com a regulamentação já existente.

Devo ainda acrescentar um limite às normas de direito internacional acerca da proteção do ambiente marinho; é que estas normas não se aplicam, normalmente, aos navios de guerra. Essa mesma Convenção, no artigo 236, dispõe que as suas regras não se aplicam aos navios de guerra, ou aos navios que pertencem a um Estado e que estão sendo utilizados para um serviço público não comercial.

Porém, diz a Convenção, cada estado deve tomar as medidas apropriadas, de modo compatível com a Convenção. Desse modo, não há uma verdadeira e própria obrigação jurídica, mas os Estados têm o dever moral de fazer, sim, com que os navios de guerra conformem-se às normas que valem para os outros navios.

Vejamos, agora, os vários tipos de poluição.

A Convenção distingue vários tipos de poluição marinha.

O primeiro tipo é a poluição relacionada aos navios. Por este tipo de poluição entende-se aquela que advém das atividades de navegação, assim chamada poluição operativa, decorrente, por exemplo, dos resíduos da lavagem dos tanques de navios petroleiros no mar. Esse tipo de poluição pode, ainda, ser devida a acidentes, tal qual pode ocorrer se um navio petroleiro encalha e, desse fato, dá-se um derramamento de petróleo, casos célebres como o “Amoco Cadiz”, o “Exxon Valdez”. Todas as formas, portanto, de poluição que decorrem das atividades dos navios.

Neste caso, existe um tratado internacional que disciplina a poluição dos navios, a assim chama “MARPOL”², adotada em Londres: convenção para a prevenção da poluição dos navios, elaborada em 1973 e modificada em 1978. Esta Convenção baseia-se em uma filosofia geral, no sentido de que os navios, em vez de descarregar substâncias

² Marpol: “International Convention for the Prevention of Pollution from Ships”.

poluentes no mar, deveriam depositá-las em locais apropriados, instalados nos portos. Desse modo, os tanques dos navios petroleiros, por exemplo, não devem ser lavados no mar, mas devem ser limpos quando o navio atraca em um porto, onde estão os instrumentos adequados. E esta convenção, que possui cinco emendas, prevê regras muito técnicas, detalhadas, relativamente ao transporte de hidrocarbonetos por mar, bem como ao transporte de substâncias poluentes diversas dos hidrocarbonetos, como as substâncias químicas, além de abordar questões relativas ao descarregamento dos navios e aos seus dejetos.

Neste caso, da poluição causada por navios, é necessária uma regulamentação unitária, em nível mundial. Aqui, nós estamos falando das características técnicas dos navios, como, por exemplo, se um navio petroleiro deve ser construído de uma certa maneira; como devem ser feitos os tanques de um navio petroleiro; se o navio deve ter duplo casco ou não. Claro que se cada Estado adotasse as suas regras, o navio não poderia navegar nunca.

O navio parte de um Estado, atravessa o alto mar, chega em outro Estado. As características devem ser disciplinadas de modo unitário. Aqui, o único nível de regulamentação possível, acerca dos aspectos técnicos dos navios, é o nível mundial e a Convenção “MARPOL” foi promovida pela “IMO – International Maritime Organization”, que é a organização, no âmbito das Nações Unidas, que disciplina o tráfego marítimo.

Examinemos agora o ponto crítico: quem deve controlar a observância das normas e qual Estado pode iniciar um procedimento penal ou civil para o ressarcimento dos danos, quando ocorre degradação ambiental provocada por navios? A Convenção prevê competências para três Estados diferentes. Primeiro, o Estado da bandeira; segundo, o Estado do porto; terceiro, o Estado costeiro.

Elaboremos um exemplo: se um navio que desfralda bandeira da Libéria – a Libéria é o Estado da bandeira – parte de Buenos Aires, passa ao longo da zona econômica do Brasil, onde, infelizmente,

degrada o ambiente brasileiro – o Brasil é o Estado costeiro – e o navio chega ao porto de Gênova, na Itália – a Itália é o Estado do porto.

A Convenção prevê competências, segundo uma distribuição bastante complexa – que não tenho tempo de expor – para todos estes três Estados. Porém, a final, a competência prioritária para a aplicação das normas diz sempre respeito ao Estado da bandeira. Por que? O artigo 228 dispõe que uma ação civil ou penal pode ser iniciada pelo Estado costeiro ou pelo Estado do porto, mas estes países devem suspender o procedimento se ao cabo de seis meses do seu início o Estado da bandeira iniciar um procedimento. Assim, se, no exemplo que elaborei, o Brasil é o país costeiro e o Brasil inicia um procedimento contra os responsáveis, este procedimento deve ser suspenso se o Estado da bandeira iniciar, por sua vez, um procedimento contra o navio. Como se vê, existe uma preferência pelo Estado da bandeira.

Existem duas exceções, ou seja, o Estado costeiro pode iniciar o procedimento somente se o Estado da bandeira tiver deixado de observar sua obrigação de assegurar a aplicação efetiva das regras e se se tratar de um caso de poluição grave. Somente nestas duas hipóteses o Estado costeiro mantém o direito de propor o procedimento e tem preferência em relação ao Estado da bandeira.

Duas palavras a respeito do Estado do porto. É importante garantir-lhe competências, mormente para os dados que podem servir como provas em um procedimento. Se o navio atraca em determinado porto e se a poluição é devida, por exemplo, a um dano que se verificou no navio, o Estado do porto pode desenvolver uma inspeção e pode fornecer provas úteis para instruir o procedimento. É positivo, portanto, que a Convenção tenha introduzido competências igualmente para o Estado do porto.

Uma outra forma de poluição é aquela da imersão dos dejetos. Não se trata, pois, de degradação decorrente de atividades de navegação, mas do fato de que imundícies produzidas em terra são eliminadas no mar. Neste caso, temos uma Convenção, concluída em 1972, em Londres, a respeito da prevenção da poluição dos mares, em razão da imersão do lixo.

Esta Convenção foi recentemente modificada e melhorou. Qual era o espírito originário da Convenção: que se pode fazer submergir lixo no mar, exceto quando for proibido. Desse modo, a Convenção previa um direito de mergulhar os dejetos e a proibição de imergir substâncias particularmente perigosas, elencadas na chamada lista negra, e havia também uma lista cinza, que era aquela relativa às substâncias relativamente perigosas, para as quais a submersão no mar era subordinada a uma prévia autorização por parte de um Estado.

Muitas discussões ocorreram, após a adoção da Convenção, principalmente pelo problema da eliminação dos dejetos radioativos que eram, normalmente, imersos no mar.

A Espanha, por exemplo, era um dos Estados que mais protestava, porque cerca de quinhentos ou seiscentos quilômetros no oceano Atlântico, da costa espanhola, havia um local onde habitualmente eram submersos dejetos radioativos. Tratava-se do alto mar, portanto, além da zona sob a jurisdição espanhola, mas este fato acarretava preocupações, pela possibilidade de degradação ambiental.

O problema da eliminação dos dejetos radioativos é sério. Não existem muitos modos para eliminá-los. Conhecem-se, principalmente, dois. Um modo é o de submergi-los no mar, a grandes profundidades, em recipientes que permitem a saída lenta de substâncias radioativas. O mar possui uma taxa de radioatividade natural, de modo que um gradual e lento aumento dessa taxa não aumentaria muito a radioatividade das águas marinhas. O outro sistema é aquele de sepultar os dejetos sob a terra, poder-se-ia utilizar igualmente cavernas, minas abandonadas de sal, por exemplo, e lacrá-los em recipientes onde se espera que essas substâncias nunca possam sair. Igualmente nesta hipótese existem riscos, se pensarmos em possíveis terremotos, eventos naturais, catástrofes e, assim, sempre há risco que as substâncias poluentes saiam e degradem os cursos d'água e, depois, o território inteiro.

Na sequência da discussão acerca da eliminação dos dejetos radioativos, a Convenção de Londres foi modificada, não mais sendo possível a submersão de resíduos radioativos no mar, salvo para algumas

categorias de substâncias inócuas. Portanto, igualmente o problema radioativo foi resolvido de modo negativo. A nova Convenção proíbe a submersão de lixo radioativo no mar. Passamos, desse modo, de uma filosofia baseada no sim, mas em certos casos não, para uma filosofia baseada no não, mas em certos casos sim. É importante dizer que com a criação de zonas econômicas exclusivas, que atingem as duzentas milhas, foi reconhecido, sem nenhuma discussão, que o Estado costeiro pode proibir a imersão de dejetos nesse limite das duzentas milhas a partir da costa. Porém, o problema, mormente para as substâncias altamente poluentes, dizia respeito ao alto mar. E, assim, a Convenção de Londres trouxe, acima de tudo, inovações no setor de alto mar.

Existem outros tipos de poluição. Um é a poluição da terra, decorrente do descarregamento no mar de substâncias que são levadas pelos rios, ou pelos canais artificiais. Pensamos nos fertilizantes utilizados na agricultura, que poluem os rios e que, depois, poluem o mar e que, parece, determinam fenômenos de eutrofização das águas. Parece até que a poluição da terra constitui um percentual muito elevado da poluição das águas marinhas, cerca de 80%. Claro que os desastres da navegação, casos como o “Amoco Cadiz” e outros chamam a atenção e determinam reações emotivas imediatas. Menos visível é a poluição lenta, gradual, mas constante, contínua, que se determina por fontes que provêm da terra.

Neste caso, não se pode fazer outra coisa senão concluir acordos que obriguem os Estados a limitar as descargas de determinadas substâncias; a obrigar as indústrias a instalar depuradores. Trata-se de atividades que se desenvolvem nos territórios dos Estados e, assim, deve-se agir neste nível.

Acordos desse gênero foram concluídos principalmente em nível regional, no que diz respeito à proteção de mares semi fechados, onde a poluição pode ser ainda mais grave do que nos oceanos abertos, como, por exemplo, no Mediterrâneo.

Mas os problemas da poluição marinha englobam, igualmente, atividades que poderiam ser efetuadas no futuro, de alto conteúdo tecnológico. Uma das inovações desta Convenção refere-se ao solo

marinho, que ultrapassa as jurisdições nacionais, e o desfrute dos recursos minerais; os nódulos polimetálicos ³ dispostos no fundo dos oceanos, que foram declarados patrimônio comum da humanidade, Desse modo, foi criada uma organização internacional com sede na capital da Jamaica, Kingston, e que deve disciplinar, em um futuro próximo, as atividades de desfrute dos minerais, que se acham a cinco mil, seis mil, sete mil metros de profundidade.

Patrimônio comum da humanidade significa que todos os Estados poderão obter vantagem pelo desfrute destes recursos, incluídos países em desenvolvimento, que não têm capital suficiente para as tecnologias adequadas, De fato, para atingir seis mil metros de profundidade há a necessidade de tecnologias comparáveis àquelas que são necessárias para chegar à Lua. Há necessidade de um navio com um braço que chega a seis mil, sete mil metros de profundidade e que aspira do fundo do mar os minerais e os leva à superfície. Assim, o sistema deveria promover igualmente os Estados que não têm essas tecnologias, bem como os Estados que não têm acesso ao mar, e que nunca poderiam usufruir desses recursos.

Mas quais são as repercussões ambientais dessas atividades? Não sei se os senhores têm em mente o ambiente que existe a seis mil, sete mil metros de profundidade. Não muda nada há milênios. Não há luz, a temperatura é sempre a mesma, muito fria, não existem as estações do ano, há uma enorme pressão da água e uma grande camada de pó sobre o fundo do mar, onde se localizam esses minerais, grandes como bolas de tênis. Como se vê, estaremos agitando um ambiente onde nada jamais mudou, há milênios.

Certo, algumas pessoas entendem que não é oportuno criar uma convulsão ambiental para desfrutar de tais recursos. Obviamente, referida organização internacional está elaborando normas para que os minerais sejam usufruídos, que prevêm precauções ambientais,

³ “Concreções esféricas cujo diâmetro varia de alguns milímetros até alguns centímetros, que são formados de incrustações laminares e concêntricas de óxidos metálicos, ao redor de um núcleo” (in *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*, p. 4227 – nota explicativa).

avaliações de impacto ambiental, mas tratando-se de atividades que ninguém, em tempo algum, desenvolveu em escala comercial, não se sabe quais poderiam ser as consequências para o meio ambiente.

Portanto, de um lado, temos a grande perspectiva de concluir uma atividade econômica que deveria trazer benefícios para todos os Estados. De outro lado, é necessário ter uma certa cautela para evitar convulsões, cujas consequências não podemos medir.

No âmbito da proteção do ambiente marinho entram também normas a respeito da proteção de espécies da fauna, da flora marinha, que estão ameaçadas. A Convenção prevê, igualmente, que os Estados devem instituir zonas especialmente protegidas, em áreas onde há ecossistemas ameaçados, ou espécies marinhas particularmente em perigo.

Assim sendo, a criação de parque, de áreas marinhas, deve ser um instrumento utilizável. Isto, porém, cria conflitos potenciais com as atividades de navegação que se desenvolvem no mar. Como, então, harmonizar o direito de um Estado costeiro de instituir um parque marinho como o direito que todos os Estados possuem de exercer a passagem inofensiva dos navios nos mares territoriais de outrem?

Trata-se de problemas que devem ser resolvidos buscando harmonizar atividades que são potencialmente conflitantes. É claro que não é oportuno instituir uma área protegida em uma rota de navegação principal porém é igualmente claro que se pode pedir aos navios que desviem as rotas, toda a vez que houve uma exigência particularmente séria, com vistas a proteger um ambiente delicado.

Há ainda espécies marinhas que podem ser particularmente protegidas. A discussão hoje se desenvolve principalmente em tema de mamíferos marinhos, as baleias. A Convenção sobre o Direito do Mar, quanto aos recursos biológicos, prevê a otimização do desfrute, ou, em outras palavras, que seja determinado o rendimento máximo possível de determinado recurso. No caso da zona econômica, o Estado costeiro determina a sua capacidade de desfrute e se ela for inferior ao rendimento máximo possível, admite, através de acordos, outros Estados à pesca.

Com isso, a respeito de um determinado recurso, como, por exemplo, o bacalhau, seu posso desfrutar cem, a quantidade máxima é cem, mas tenho condições de desfrutar oitenta, para os vinte restantes admito terceiros. Qual é a idéia: que se deve evitar a perda de recursos econômicos, de recursos alimentares. Deve-se procurar otimizar o resultado, não além da capacidade de reprodução, mas assegurando o máximo rendimento.

Esta afirmação sofre uma exceção no caso dos mamíferos marinhos. Com efeito, consta um artigo na Convenção, o artigo 65, no sentido de que nenhuma disposição da Convenção pode prejudicar o direito de um Estado costeiro limitar ou regulamentar o desfrute dos mamíferos marinhos, de modo mais rigoroso. Assim, devemos procurar comer os peixes o mais possível, mas existem alguns animais marinhos, que não são peixes, são mamíferos, que devem ser protegidos de modo mais rigoroso. Para os mamíferos marinhos parece que se pode interpretar a regra deste modo: não valem as regras sobre o rendimento máximo, podendo-se proibir a captura dos mamíferos marinhos mesmo que exista uma abundância de determinadas espécies.

Os senhores talvez saibam que a Convenção sobre a caça da baleia, que foi concluída em 1946, portanto há muitos anos e que nunca foi modificada, atualmente vive uma espécie de crise interna, uma vez que está ocorrendo uma quebra entre os Estados que fazem parte, ou seja, entre os Estados baleeiros e os Estados protecionistas.

Inicialmente, esta convenção havia sido concluída para o desfrute das baleias; para atingir um nível ótimo de rendimento das baleias e faziam parte os Estados baleeiros. Com o passar do tempo, com as manifestações de conservação das baleias em muitos países, muitos Estados passaram a fazer parte da Convenção baleeira, para procurar introduzir, da parte da comissão baleeira, uma proibição de caça à baleia.

Em seguida a comissão baleeira introduziu uma moratória, que inicialmente valia dez anos, depois passou a ser renovada anualmente, que permitia a caça à baleia com finalidade comercial. A comissão vota por maioria e, assim, se existe uma maioria de Estados conservacionistas é possível adotar determinadas medidas. Isto, porém, determinou reações

por parte dos Estados baleeiros, que atualmente são, principalmente, o Japão e a Noruega. Estes países sustentam que a comissão baleeira deve operar sobre a base da finalidade originária, que é aquela de garantir o rendimento máximo possível dos recursos e que proibições, quando não são justificadas pela extinção, ou pelo risco de extinção, de terminada espécie, não são admissíveis, com base no texto primitivo da convenção.

E estes países, o Japão e a Noruega, serviram-se de instrumentos que estão previstos na Convenção baleeira para não aplicar a norma sobre a proibição de caça com fins comerciais. A Convenção prevê que um Estado que não está de acordo com uma decisão adotada pela comissão possa apresentar objeção. Apresentando-a, a norma não vale relativamente a esse Estado. A Convenção prevê, ainda, que as normas acerca da proibição da captura comercial não se aplica às atividades desenvolvidas para fins científicos e, desse modo, sob a máscara dos fins científicos, supõe-se que sejam desenvolvidas atividades com objetivo de lucro. Existe, portanto, uma situação de crise desta Convenção e esta crise é um sinal da evolução das normas e de sua necessidade.

Certo, é possível – indaga-se – interpretar um tratado que foi concluído há tantos anos, com finalidade de caça, para um fim completamente diverso: conservação de determinadas espécies? Primeira pergunta. Ou então, é o caso de revogar este tratado e elaborar um novo? Segunda questão: mas qual é o motivo pelo qual determinados animais deveriam ser preferidos a outros? Se as baleias correm perigo, devem ser protegidas. Mas todas as espécies animais e vegetais, se correm perigo, devem ser protegidas, isto ninguém discute. Por outro lado, se as baleias não estão correndo perigo e certas espécies de baleias são, hoje, abundantes, por qual motivo, como sustenta o Japão, as baleias deveriam ser escolhidas dentre outros animais? Por qual motivo deve existir uma proibição absoluta de caça à baleia com objetivo de lucro, quando normalmente outros animais são usados pelo ser humano com objetivos comerciais?

Talvez exista um compromisso no âmbito da Convenção baleeira, não sei. Posso apenas dizer-lhes as instruções que recebi, como delegado italiano – a Itália ingressou o ano passado na convenção

baleeira, para sustentar uma política conservacionista das baleias, procurando apoiar uma proibição absoluta da caça com fins comerciais –, e a interpretação que nós procuramos dar, juntamente com outros Estados, é que hoje, quando se pensa na utilização das baleias com finalidade econômica, não se deveria entender a caça à baleia, uma utilização letal da baleia, mas dever-se-ia interpretar usos econômicos da baleia, como a atividade turística de observação das baleias, o chamado “whale watching”.

Não sei se esta explicação, esta posição, é suficientemente forte, mas é um modo, se quiserem, de procurar aplicar as normas de uma forma diferente da original, prevista 50 anos atrás.

Procurei fornecer um quadro talvez muito rápido e sumário de alguns problemas colocados atualmente em matéria de proteção do ambiente marinho. Não falei de muitos outros problemas; talvez não tenha exposto o problema mais difícil, que é aquele do ressarcimento dos danos decorrentes da degradação ambiental, mas creio que não possa ir além da hora e meia que me foi concedida. Agradeço a atenção de todos.

Tullio Scovazzi

(tradução de Liliana Allodi Rossit)

O PODER DE PENETRAÇÃO DE PROJÉTEIS

**JOÃO DADIAN,
PERITO CRIMINAL DO NÚCLEO DE ENGENHARIA
DO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA - SÃO PAULO**

O PODER DE PENETRAÇÃO DE PROJÉTEIS

João Dadian

INTRODUÇÃO

Com este trabalho, pretende o autor tornar público os efeitos resultantes de projéteis oriundos de armas de fogo. Nesta primeira parte, enfoca a questão abordando o tema, realizando ensaios, louvando-se em hipóteses que são muito freqüentes no nosso cotidiano.

Como as questões que envolvem projéteis são diversas, e até mesmo complexas, acredita que estes trabalhos, na essência, **ENSAIOS REAIS**, condensados neste artigo, poderão proporcionar à COLETIVIDADE, ao ÂMBITO POLICIAL, ao MINISTÉRIO PÚBLICO e à JUSTIÇA subsídios básicos quando da avaliação de um evento envolvendo situações como aquelas ora propostas.

Consigna, outrossim, que teve a honra de expor estes trabalhos, pela primeira vez, na palestra denominada **BALÍSTICA EXTERNA E TERMINAL**, realizada aos 10/11/2000, no Auditório das Promotorias da Justiça Criminal de São Paulo, sob a Coordenação Geral dos Excelentíssimos Srs. Procuradores de Justiça Rodrigo César Rebello Pinho, José Oswaldo Molineiro e Sandra Jardim.

RICOCHETE DE PROJÉTEIS DE ARMAS DE FOGO

O estudo do ricochete dos projéteis originados de armas de fogo é vasto e complexo. Existem diversos fatores que concorrem para que haja o desvio de um projétil, quando este, animado de certa velocidade, está se deslocando no espaço, seguindo uma determinada trajetória.

No presente caso, abordamos de uma forma prática e sucinta o desvio de um projétil quando atinge uma superfície cimentada, uma vez que é muito freqüente, a seguinte situação no âmbito policial.

“Eu disparei para o chão com o intuito de intimidar; não tive a intenção de matá-lo”.

Ocorre que o ofendido levou um tiro no peito e às vezes até na cabeça e os fatos tiveram lugar em distâncias variáveis de 02 a 03 metros.

Como isto é possível?

Pensando em questões desta natureza que o subscritor resolveu iniciar seus trabalhos, pesquisando o assunto em tela neste pequeno universo, o qual, no entanto, consta ser muito freqüente.

METODOLOGIA

Com a finalidade de expor a matéria acima, adotou-se à seguinte metodologia: **a) Posição relativa entre oponentes; b) Elenco do armamento e munição utilizados nos ensaios; e c) Escolha dos disparos em pisos cimentados**

a. Posição relativa entre oponentes

Pode-se dizer que existem basicamente duas posições em que podem ocorrer tais eventos; são as seguintes:

Primeira Posição

- a. O ofensor intimida o ofendido com uma arma, empunhando-a com uma única mão;
- b. Via de regra posiciona-se a uma distância de cerca de 1,60m a 2,00m do ofendido;
- c. Ocorrendo o disparo, constata-se que o projétil atingiu o ventre, tórax ou mesmo o crânio do ofendido;
- d. Alega o ofensor que atirou para o chão e não sabe como o projétil atingiu o tórax do ofendido...

O croquis “A” (à página 85) ilustra este quadro, o qual propicia um panorama global do assunto abordado.

Segunda Posição

- a. O ofensor intimida o ofendido com uma arma, empunhando-a com as duas mãos;
- b. Situa-se há cerca de 2,80m a 3,00m do ofendido;
- c. Ocorrendo o disparo constata-se que o projétil atingiu o ventre, tórax ou mesmo o crânio do ofendido;
- d. Alega o ofensor que atirou para o chão e não sabe como o projétil atingiu a cabeça do ofendido...

O croquis “B” (à página 85) ilustra este quadro, o qual propicia também um panorama global do assunto abordado.

Observa-se que em ambos os casos o fator gerador é praticamente o mesmo, variando tão somente a distância entre os oponentes e a forma como a arma foi empunhada.

O confronto dos dois quadros mencionados, nos permite avaliar o que, via de regra, ocorre.

Pode-se, em princípio, concluir que em situações semelhantes ao do caso em tela, tendo como fulcro as hipóteses estabelecidas nestes ensaios, os projéteis atingem os oponentes numa faixa de 10 a 40cm de altura, contados do nível do piso.

b. Elenco do armamento e munição utilizados

Para a realização destes ensaios utilizou-se do armamento e munição, relacionado no quadro anexo. (página 86). Foram realizados três disparos com cada tipo de munição, adotando-se posteriormente o seu valor médio.

No quadro mencionado, consignou-se na coluna “**ensaios/situações**”, atrelando-os aos croquis “A” e “B”. Cumpre consignar também que o armamento e munição eleitos constituem conforme estatística, o universo que envolve aqueles acontecimentos, salvo o calibre 10mm AUTO que desponta a nível mundial, numa relativa popularidade à semelhança do .357 SIG-AUTO.

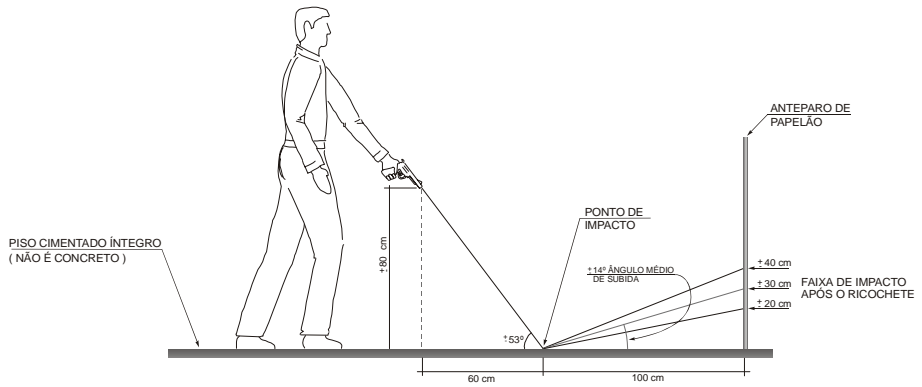
c. Adoção dos disparos em pisos cimentados

Resta tecer considerações sobre o piso onde ocorreu o disparo.

Cumpre informar primeiramente que em ângulos “muito fechados”, ou seja, quando o disparo é efetuado pelo oponente num ângulo quase reto, ou seja, a poucos centímetros do seu próprio pé, o projétil despedaça-se, estilhaçando. A distância e altura assumidas para a elaboração do croquis, é aquela que, normalmente, ocorre em situações conforme hipóteses admitidas. É evidente que os comentários acima, não são válidos para casos que o piso for de terra ou solo batido.

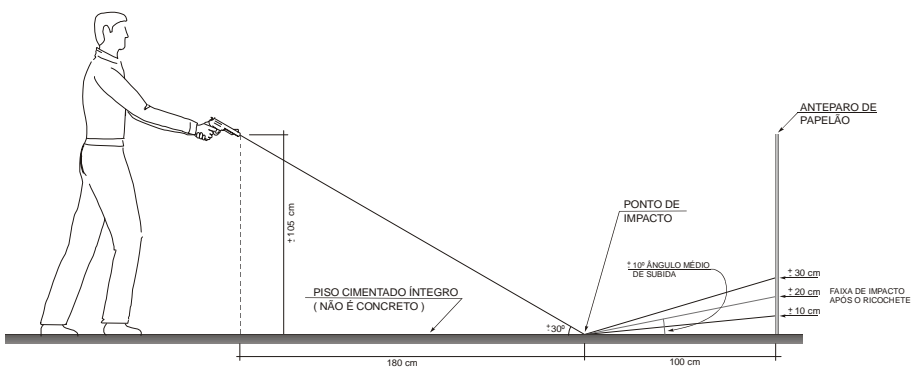
Elegeu-se um piso cimentado, eis que eventos desta natureza, ocorrem com freqüência em passeios públicos, cujo cimentado tem a textura e resistência semelhante àquela onde os disparos destes ensaios foram realizados; pode-se, com algumas reservas, estender-se o raciocínio para pisos cerâmicos, de granito, mármore e substratos semelhantes.

SITUAÇÃO "A"

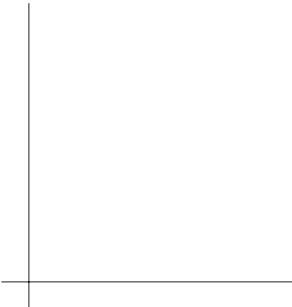


SEM ESCALA

SITUAÇÃO "B"



SEM ESCALA



CONCLUSÃO

Finalizando, saliento que os ensaios e testes realizados foram executados tendo-se como fulcro uma situação real; não tem a pretensão de atribuir cunho científico aos trabalhos ora apresentados.

É, na realidade, apenas uma coletânea dos resultados obtidos conforme exposto no corpo do trabalho, que poderá proporcionar um panorama para a formação de um primeiro juízo em casos semelhantes, devendo-se, no entanto, cada caso ser pesquisado em separado.

Cumprе consignar que reportei-me também à fl. 90 do compêndio denominado “Schusswaffen und Schusswirkungen” de Karl Sellier, VOL. II; o autor daquele livro, a pedido do FBI, executou testes utilizando-se de armas de calibre .38 SPL, 9mm Luger, .357 MG e 45 ACP, quando disparados em pisos asfaltados, concretados ou gramados.

Resumindo, constatou que conforme uma determinada angulação, os projéteis das armas de fogo acima elencados “SOBEM MAIS”, quando atingem pisos gramados.

Os projéteis, quando atingem superfícies “**DURAS**”, como concreto, asfalto etc., “**SOBEM MENOS**” quando comparados aos pisos gramados.

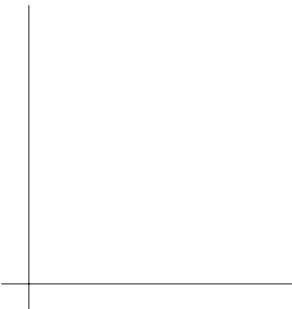
Este evento resulta pelo fato do projétil **DEFORMAR-SE** quando atinge uma superfície dura; nestas condições, o mesmo não se eleva muito, pois a sua deformação é anelástica.

No caso de um piso gramado, macio ou não, o gramado é que se **DEFORMA**, transformando-se numa espécie de prancha de lançamento, fazendo que o projétil “**SUBA**” e às vezes nem se deformando, à semelhança de pedras lançadas numa lagoa mediante um certo ângulo, as quais “**PULAM**” em conseqüência do ricochete.

Estes ensaios são muito importantes quando se deseja avaliar as conseqüências originadas de disparos de armas de fogo na direção de veículos que, trafegando numa avenida, rodovia ou mesmo estrada de terra de solo batido, são alvejados durante o deslocamento.

Era o que havia a relatar.

**João Dadian,
Perito Criminal do Núcleo de Engenharia
do Instituto de Criminalística - São Paulo**



**ineficácia da ação penal
privada na proteção
do bem jurídico
da pessoa pobre**

Jairo José Gênova,
Promotor de Justiça em Marília/SP

A INEFICÁCIA DA AÇÃO PENAL PRIVADA NA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO DA PESSOA POBRE

Jairo José Gênova

Os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e a Constituição Federal garantem a todas as pessoas, independentemente de sua condição social, econômica, cultural e outras., o direito de acesso ao Poder Judiciário de modo rápido e eficaz, para a defesa e proteção dos bens e interesses tutelados.

Entretanto, a pessoa pobre que é vítima de crimes de ação privada, tem encontrado enormes dificuldades para ter assegurado o direito de ação contra os autores desses crimes. Por isso, se faz necessária a mudança da legislação penal e processual penal para que o direito assegurado no artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal, se torne uma realidade. Só assim, com a efetividade dos direitos fundamentais, é que a cidadania será atingida em sua plenitude.

PESSOA POBRE. AÇÃO PENAL PRIVADA. INEFICÁCIA NA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO.

A convivência em sociedade só é possível se estiveram assegurados os direitos fundamentais de cada pessoa, razão pela qual os Estados Democráticos de Direito têm procurado dar efetividade a esses direitos através de Convenções, Tratados e das respectivas Constituições. Entre eles está o de amplo acesso ao Poder Judiciário, para a garantia e proteção dos bens jurídicos individuais.

Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1.969, denominada de “Pacto de San José da Costa Rica”, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1.992, estabelece no artigo 25.1:

“Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo art. 5.º, inciso XXXV, estabelece: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.*

Esses textos legais indicam que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação (Nery Junior *apud* Moraes, 1997, p. 196).

A respeito desse direito fundamental, decidiu o STF:

“A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível (Recurso Extraordinário n.º 158655-9, 2.ª T. rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça da União, Seção I, 02.05.1997, p. 16.567).

Não obstante as garantias legais, constatamos que no campo penal, em especial nos crimes de ação privada, o direito fundamental da vítima pobre ter acesso ao Judiciário não tem saído do papel.

O Direito Penal tem, por finalidade, a defesa da sociedade por meio da proteção de bens jurídicos fundamentais como a vida, a integridade corporal, a honra, o patrimônio etc.. Essa defesa, tarefa

exclusiva do Estado, é feita, dentre outros modos, pelo exercício do “*jus puniendi*” perante o Poder Judiciário. Entretanto, em algumas situações, o Estado delega ao ofendido o direito de promover a ação penal, a denominada ação penal privada.

Militando na área criminal há cerca de 15 anos, podemos afirmar que a ação privada tem sido insuficiente à proteção dos bens e interesses das pessoas pobres. Das centenas de procedimentos policiais que noticiam crimes de ação penal privada, apenas alguns se transformam em ação penal.

Pesquisa junto ao Cartório Distribuidor da Comarca de Marília, onde atuamos como Promotor de Justiça, revelou que, no período de 01.01.98 a 31.08.99, foram registrados 293 procedimentos policiais que apuraram crimes contra a honra, mas tão-somente 25 queixas-crime foram ofertadas, ou seja, menos de 10%. Delas, 15 foram patrocinadas por advogados constituídos e, apenas 10, por advogados da assistência judiciária. E, o que é mais curioso, quase todos os procedimentos que tinham pessoas ricas como partes transformaram-se em ação penal, todas subscritas por brilhantes advogados.

Surge, então, a indagação de qual seria a causa desse irrisório número de queixas. A primeira resposta que vem à mente é que as vítimas não tiveram interesse em promover a ação penal, quer em razão da pouca gravidade dos crimes de ação privada, quer porque se conciliou com o autor.

Mas, na verdade, na maioria dos casos, a razão é a pobreza da vítima que a impossibilita de promover a ação penal. A atividade profissional nos autoriza afirmar que, não raras vezes, o pobre é espezinhado pelo empregador, pelo senhorio, pelo vizinho rico, e não dispõe de instituto eficaz à proteção de seu bem.

Na maioria das vezes, ele procura a polícia e registra os fatos, querendo a persecução penal, mas essa acaba não se concretizando exatamente em razão da sua hipossuficiência.

CAUSAS DA INEFICÁCIA (OU POUCA UTILIZAÇÃO) DA AÇÃO PENAL PRIVADA.

Inúmeras são as causas que impedem a vítima pobre de promover a ação penal privada e, procuraremos, dentro de um conhecimento haurido na atividade profissional, elencar os principais.

Em primeiro lugar, a vítima já encontra sérias dificuldades no contato com os órgãos policiais. Quando o crime é de pouca gravidade (sob a ótica do policial, porque para a vítima o fato sempre é significativo), a vítima é mal atendida pois há grande diferença entre os interesses dela e do policial, até porque este tem que estabelecer prioridades. Além disso, muitas vezes, a vítima é vista com desconfiança e suas palavras não merecem crédito.

Mas, feito o boletim de ocorrência, em muitas oportunidades o ofendido é mal orientado. Não raras vezes deparamos com inquéritos policiais que apuram crimes de ação privada, onde a autoridade policial colheu a “representação” da vítima. Nesses casos, a vítima crê que nada mais precisa fazer, o que acarreta a decadência. Já atendemos em nossa Promotoria inúmeras vítimas que indagavam sobre o andamento da “queixa” que fizeram na Delegacia e, ao serem informadas da extinção da punibilidade, manifestaram o seu inconformismo.

Quando a vítima é devidamente orientada a constituir um advogado para promover a ação penal, a pobreza a impossibilita de constituir advogado.

É certo que existe a assistência judiciária estatal, mas esta só atua com eficiência nas poucas cidades onde estão instaladas as Defensorias Públicas. Existem, também, os convênios com a OAB, mas também pouco eficazes na maioria das Comarcas brasileiras.

E, quando a vítima consegue um patrono pela assistência, não raras vezes o advogado – mais habituado com a defesa do que com a acusação – não sabe promover a queixa-crime, ora apresentando queixa inepta, ora desacompanhada de procuração com poderes especiais,

ora desacompanhada de inquérito policial ou outras peças que dêem sustentação à acusação, o que acarreta o indeferimento da inicial.

Fora tudo isso, é patente a má vontade dos juízes para com as queixas-crimes, que tudo fazem para rejeitá-las. Essa é a realidade que a pessoa pobre, vítima de um crime de ação privada, tem que enfrentar.

CONSEQÜÊNCIAS DA POUCA EFICÁCIA DA AÇÃO PENAL PRIVADA

Diante das dificuldades elencadas, muitos dos bens jurídicos dos pobres, principalmente a honra, acabam não recebendo a proteção eficaz em face a dificuldade de acesso ao Judiciário. Preocupa-nos, ainda, o fato do legislador penal estar aumentando o número de crimes de ação privada, o que tornará outros bens insuscetíveis de proteção. Isso está em contradição com a tendência moderna do Direito Penal e do Processo Penal em dar uma maior proteção à vítima. Segundo o professor Scarance Fernandes, esse movimento de valorização da vítima levou a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas a aprovar, em 1985, por meio da Resolução 40/34, a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder (Resolução 40/34) que, na primeira parte, assegura ao ofendido o “acesso à justiça e tratamento adequado no âmbito da estrutura judiciária” (1995, p. 21).

Ana Sofia Schimidt de Oliveira, citando Jesús María Silva Sánchez, diz que são poucos aqueles que não concordam com a necessidade de orientar-se o direito penal para a vítima e sua maior satisfação (...) O problema não é mais saber se se deve ou não atender os interesses da vítima no direito penal, mas, sim, como fazê-lo (Sanches *apud* Oliveira, 1999, p. 138).

No Brasil, recentes leis são exemplos marcantes dessa preocupação para com o sujeito passivo do crime: a Lei 9.099/95 (Diário Oficial da União de 27/09/1995) possibilita a conciliação e a composição,

a Lei n.º 9.503/97, Código de Trânsito, (Diário Oficial da União, 24/09/1.997) prevê a multa reparatória e a Lei 9.714/98 (Diário Oficial da União, 25/11/1.998) prevê a pena de prestação pecuniária à vítima. Nesse contexto, a manutenção da atual legislação, que praticamente alija a vítima pobre do processo penal, afronta a tendência internacional de revalorização da vítima.

HIPOSSUFICIÊNCIA COMO CAUSA DE TRANSFORMAÇÃO DA AÇÃO PRIVADA EM PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO.

O conhecido o debate acerca da necessidade ou não de se manter a ação privada divide opiniões. Alguns são favoráveis à sua eliminação dos sistemas penais, argumentando que é resquício da vingança privada e fonte de abusos e transações vergonhosas entre ofensores e ofendidos. Outros, como Scarance Fernandes, sustenta que ela deve ser mantida, pois o devido processo legal e as garantias do acusado afastam de plano o argumento de que é resquício da vingança privada. Além disso, a transação entre as partes raramente é vergonhosa e, na maioria das vezes envolve interesses legítimos do ofendido (1995, p. 85-6).

Essa espécie de ação não está prevista em todas as legislações. No México e na França, ela não existe. O Código de Processo Penal Uruguaio, que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1.981, aboliu a ação exclusivamente privada. Na Itália, só existe a ação pública condicionada à representação, com permissão para a vítima perdoar o ofensor no curso da ação (Jardim, 1998). Sem nos aprofundarmos no assunto, cremos que a ação penal privada deva permanecer na nossa legislação mas, pelo que foi dito, **entendemos que a pobreza da vítima deve transformá-la em pública condicionada.**

Essa regra não traz nenhuma novidade, pois existe para os crimes sexuais (art. 225, § 1.º, I, do Código Penal) e não encontramos razão plausível para não estendê-la aos demais crimes.

Por isso, temos que, se a regra do art. 225, § 1.º, I, for deslocada para a Parte Geral do Código Penal, resolverá todos os problemas enfrentados pelas vítimas pobres, qualquer que seja o crime, pois a ela bastará manifestar o desejo de processar o autor do delito e declarar a pobreza que, então, a titularidade da ação passará ao Ministério Público.

Propomos, portanto, a alteração do artigo 100, § 2.º do Código Penal, que passaria a ter a seguinte redação:

“A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. *Procede-se, entretanto, mediante ação pública condicionada à representação, se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família*”.

POSSÍVEIS OBJEÇÕES À PROPOSTA

Sabemos que a proposta encontrará muitas objeções. As mais prováveis serão:

a) nos crimes contra a honra é possível a retratação do ofensor durante o processo. Refutamos: primeiro, na ação penal pública não cabe a retratação. Segundo, nos crimes contra a honra de funcionário público a ação é pública condicionada e nunca levantou-se essa objeção;

b) a vítima pode, no decorrer da instrução, voltar atrás e não querer mais o prosseguimento do processo. Respondemos que, sem a participação da vítima na produção da prova, qualquer ação penal estará fadada ao insucesso. Assim, nos crimes de ação pública condicionada, como ameaça, lesões dolosas leves, lesões culposas, etc. e até nos crimes de ação pública incondicionada, como o roubo, o estelionato, a não colaboração da vítima inviabiliza a ação penal.

c) a proposta está na contra-mão, pois a preocupação do legislador é aumentar o número de crimes de ação privada. Respondemos que

um dos motivos da proposta é exatamente em virtude do aumento dos crimes de ação privada, pois a manutenção do atual sistema elevará o número de bens jurídicos desprotegidos.

O mais importante é criar mecanismos que possibilitem a efetiva participação da vítima no processo penal. Sabemos que a vítima que tem recursos consegue a prestação jurisdicional penal, mas o mesmo não ocorre com a pessoa pobre.

CONCLUSÃO

Concluindo, entendemos que a vítima pobre está desprovida de instrumento eficaz de proteção ao seu bem jurídico. Isso não passou despercebido pelo ilustre professor Scarance Fernandes quando afirma: “a ação penal privada tem pouca aplicação prática, principalmente em relação às pessoas mais pobres, sem condições de arcar com as despesas do processo e contratar advogado” (1995, p. 86).

É certo que o genial Hans Kelsen (1999, p. 235-7) sustenta que norma válida é a que tem um mínimo de eficácia - como a ação privada é eficaz para o rico, é válida - mas, acrescentamos, esse mínimo de eficácia é pouco para garantia dos direitos dos não afortunados. E se o ordenamento jurídico não dispõe de meios necessários e eficazes é preciso modificá-lo. Como diz Scarance Fernandes, cujos ensinamentos mais uma vez invoco, “importante é buscar alternativas que, mantido o direito de a vítima acusar, dotem o sistema de instrumentos capazes de tornar efetivo esse direito para as vítimas pobres, criando-se e organizando eficiente serviço de assistência judiciária ou, na falta, aproveitando-se da estrutura e especialização do Ministério Público” (1995, p. 87).

Por isso propomos o deslocamento da regra do artigo 225, § 1.º, I, para o artigo 100, § 2.º, do Código Penal e, com isso, ao invés de ter que sair a procura da assistência judiciária gratuita, tão difícil de ser conseguida, a vítima terá à sua disposição toda a estrutura e especialização do Ministério Público.

Evidentemente, a adoção da proposta ensejará a alteração de outros dispositivos penais e processuais para a devida adaptação como, aliás, foi feito na Itália, mas esse assunto será objeto de outro trabalho. Reconhecemos que a proposta é polêmica, mas a sua apresentação visa exatamente levar o tema à reflexão e à discussão.

Com isso, temos que a pessoa pobre, vítima de um crime de ação privada, terá o efetivo direito de acesso ao Judiciário para a defesa de seus bens ou interesses jurídicos lesados.

Jairo José Gênova,
Promotor de Justiça, Professor de
Direito Penal da Faculdade de Direito de Marília,
Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2.000.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO
- FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública. Princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Atlas, 1997.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

o anteprojeto sobre a Investigação policial

**Sergio Demoro Hamilton,
procurador de justiça**

O ANTEPROJETO SOBRE A INVESTIGAÇÃO POLICIAL

Sergio Demoro Hamilton

1. Por iniciativa do Centro de Estudos Jurídicos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CEJUR), tomamos conhecimento dos diversos anteprojetos em tramitação na Comissão Especial de Reforma do Código de Processo Penal do Ministério da Justiça¹.

A providência tinha em meta a elaboração de palestras e debates a respeito dos diversos anteprojetos perante o *Parquet* fluminense², em virtude de o meu nome haver sido indicado como um dos palestrantes.

O documento que me veio ao conhecimento abrange, ao todo, nove anteprojetos, compreendendo, a saber: a prisão, medidas cautelares e liberdade (1), investigação policial (2), prova pericial (3), prova testemunhal (4), provas ilícitas (5), interrogatório do acusado (6), defesa efetiva (7), procedimentos (8) e tribunal do júri (9).

Posteriormente, tomei ciência da existência de mais dois anteprojetos envolvendo a modificação da redação do art. 366 do Código de Processo Penal e os recursos.

Como de fácil análise, caso tais anteprojetos venham a transformar-se em lei, teremos um novo Código de Processo Penal, pouco restando do diploma legal dos anos 40, já bastante desfigurado na atualidade.

A Comissão de Reforma do Código de Processo Penal tem a presidi-la a Professora Ada Pellegrini Grinover, sendo integrada por

¹ Reprodução dos textos elaborada para o VI Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul, por iniciativa da Fundação Escola Superior do Ministério Público do mesmo Estado.

² Foram palestrantes nos eventos relacionados com a reforma do CPP o Promotor de Justiça *Afranio Silva Jardim* e o Procurador de Justiça *Sergio Demoro Hamilton*, figurando como debatedores, em cada sessão, os Promotores de Justiça *Paulo Rangel* e *Marcellus Polastri Lima*, respectivamente.

expressivo número de professores, todos nomes da maior respeitabilidade no campo do processo penal³.

2. Na medida em que nossas demais atribuições permitirem, pretendo empreender análise a respeito dos diversos anteprojetos, examinando, por primeiro, aqueles em que fui chamado a pronunciar-me nas palestras realizadas por iniciativa do CEJUR e da FEMPERJ⁴ na sede do Ministério Público-RJ.

3. Detenho-me, por ora, no exame do Anteprojeto sobre a investigação policial, um dos temas que me tocou analisar.

A primeira crítica que o texto pode merecer está voltada para o próprio título do Anteprojeto: “Investigação Policial”. Sabe-se que a fase pré-processual, base da acusação, traduz-se numa investigação provisória que **não** é exercida, com exclusividade, pela polícia judiciária. Aliás, algumas passagens do próprio Anteprojeto deixam antever o equívoco da designação. O próprio parágrafo único do art. 4.º entra em contraste com o *caput* do mesmo dispositivo legal, que afirma caber à polícia judiciária, “com exclusividade”, a apuração das infrações penais e sua autoria. Com efeito, no aludido parágrafo está dito que aquela atribuição **não** exclui a de outras autoridades às quais a lei cometa a mesma função ou **parte dela**. Portanto, se as palavras significam algo, exclusividade não há. No mesmo sentido, os ensinamentos emanados dos artigos 12, 28, *in fine*, e 46, § 1.º do próprio Anteprojeto. O primeiro salienta que os autos da investigação policial instruirão a denúncia ou a queixa, **sempre que lhe servirem de base**. Já o art. 28, ao deter-se sobre o arquivamento, deixa claro que ele se dará em relação aos autos da investigação policial “**ou das peças de informação**”. Por fim, o art. 46, § 1.º, ao cogitar da denúncia, deixa claro que o Ministério Público pode **dispensar a investigação policial**, desde que munido com suporte fático necessário para formular a acusação. É preciso ter em conta que inúmeras outras situações jurídicas ensejam ao

³ Os demais integrantes da Comissão são os Professores Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flavio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rogério Lauria Tucci, Sidnei Beneti, René Ariel Dotti e Rui Stoco.

⁴ Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro.

Ministério Público a oportunidade de ofertar denúncia desacompanhada da investigação policial⁵.

4. O Anteprojeto mantém a designação “Polícia Judiciária” para indicar a atividade de persecução penal desenvolvida pela Polícia Civil. A expressão, que ganhou foro de cidadania, ressoa impropriedade, uma vez que a atividade empreendida pela polícia reveste caráter, nitidamente, administrativo. Demais disso, só excepcionalmente ela serve ao Judiciário, quando, por exemplo, cumpre um mandado de prisão. Mas, mesmo em tal hipótese, sua atividade é nitidamente administrativa. No mais, é o Ministério Público o destinatário mor da atribuição investigatória desenvolvida pela Polícia Civil.

De qualquer maneira, a Constituição Federal, no art. 144, § 4.º, ao referir-se à Polícia Civil, afirma que ela exercerá “funções de polícia judiciária”, incumbindo-lhe a apuração de infrações penais. Por tal razão, embora imprópria a designação, ela, agora, ganhou *status* constitucional, não podendo, por tal razão, ser acimada de inadequada. Tecnicamente, volto a dizer, ela não faz por merecer encômio, não resta dúvida; porém, na atualidade, recebeu as bênçãos da Lei Maior, motivo pelo qual não se pode vislumbrar errônia no Anteprojeto nesse ponto, pois perfeitamente adaptado aos termos da *Lex Maxima*.

5. O título merece censura, igualmente, sob outro aspecto. Com efeito, ele estaria melhor batizado caso adotasse a designação “Investigação Penal”⁶. Sobre a matéria, ao tecer crítica ao Código em vigor, tive a ocasião de salientar:

“Na verdade, o inquérito policial nada mais é que a espécie – ordinária, sem dúvida – de apuração das infrações penais

⁵ Para um exame mais acurado do tema, consulte-se o trabalho “A Amplitude das Atribuições do Ministério Público na Investigação Penal”, de que sou autor, in *Ensaios Jurídicos*, n.º 05, 1998, IBAJ, “Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica”, págs. 78 usque 102.

⁶ Designação proposta pela Comissão constituída pelo Ato n.º 1331, de 08 de setembro de 1997, do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça de então, Dr. *Hamilton Carvalho*, para ofertar sugestões relacionadas com a reforma do Código de Processo Penal. Compunham o Colegiado os Procuradores de Justiça *Sergio Demoro Hamilton* (Presidente) e *José Muiños Piñeiro Filho* e os Promotores de Justiça *Afranio Silva Jardim*, *Alexandre Vianna Schott* e *Rogério Pacheco Alves*. As conclusões foram adotadas como proposta oficial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro por ato do Procurador-Geral de Justiça que as endossou *in totum*.

e da respectiva autoria. Não se pode, porém, tomar a nuvem por Juno, conferindo ao Título II uma designação incompleta e tecnicamente imperfeita. Aliás, a própria redação atual mostra-se inadequada, pois o artigo 4.º, parágrafo único, do CPP bem demonstra que outras autoridades, além da policial, podem investigar infrações penais. Portanto, o inquérito policial nada mais é do que uma peça de informação ordinária das infrações penais. Ela é uma espécie do gênero investigação penal”⁷.

Portanto, também sob este aspecto, a designação conferida pelo Anteprojeto mostra-se incompleta e infeliz. O título “Investigação Penal”, além de mais abrangente, pois compreenderia, igualmente, a investigação policial, seria, tecnicamente, mais ortodoxo.

6. A grande omissão do Anteprojeto consiste em não conter dispositivo expresso assegurando ao Ministério Público o poder de **investigação direta** da infração penal. Nesse ponto, permito-me registrar a matéria tal como era tratada nas sugestões encaminhadas pela Comissão constituída no seio do nosso Ministério Público, acima indicada (5, *supra*). Em relação ao *thema*, registramos, na ocasião:

“Para por cobro, de uma vez por todas, às reações corporativas, fez-se assinalar que ‘O Ministério Público poderá investigar **diretamente** a infração penal’. Com efeito, conferiu-se ao Ministério Público, expressamente, o poder de investigar a infração penal, de **forma direta**, quando, por fás ou por nefas, se der conta ser oportuna ou mesmo necessária a providência. É ato discricionário do órgão de atuação do Ministério Público, diante do caso concreto, verificar se deve ou não usar da faculdade em questão. A providência nada tem de nova, já que a doutrina que se ocupou da matéria, *una voce*, entende cabível a investigação direta, apesar das posições insuladas em contrário,

⁷ “A Reforma do Processo Penal”, de minha autoria, in *Revista do Ministério Público-RJ*, n.º 08, 1998, pp. 275 a 291.

meramente corporativistas ou decorrentes de superficial meditação sobre o tema.”⁸

Posteriormente àquele estudo, o Pretório Excelso veio a admitir, expressamente, a legalidade da prova colhida pelo Ministério Público, com fins no art. 26, da Lei n.º 8.625/93, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* de n.º 77. 371-SP (Segunda Turma, unânime, relator o Sr. Ministro **Nelson Jobim**).

Nele está dito:

“Quanto à aceitação, como prova, de depoimento testemunhal colhido pelo Ministério Público, não assiste razão ao paciente, por dois motivos: **a)** não é prova isolada, há todo um contexto probatório em que inserida; e **b)** a Lei Orgânica do Ministério Público faculta a seus membros a prática de atos administrativos de caráter preparatório tendentes a embasar a denúncia. Reza o art. 26, da Lei 8625/93, ‘Lei Orgânica do Ministério Público’:

‘Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório’.

Pode-se dizer, assim, que, em face do nosso direito positivo, a questão não mais admite interpretação diversa. No entanto, em face dos constantes problemas que o Ministério Público ainda enfrenta, aqui e alhures, quando da discussão da questão perante nossos tribunais, nem sempre afinados com a doutrina mais atual, melhor seria, tal como propunha a nossa Comissão, que, para espantar discussões estéreis em prejuízo da investigação penal, o Anteprojeto, expressamente, houvesse previsto aquela faculdade para o *Parquet*.

7. A “investigação policial”, de acordo com o Anteprojeto, se dará da seguinte forma (art. 4.º, incisos I, II e III):

a) mediante termo circunstanciado, quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo;

⁸ *Apud op cit.*, in n.º 7 dessas notas.

- b) apuração sumária, em relação às demais infrações;
- c) inquérito policial, desde que requisitado pelo Ministério Público.

Na primeira hipótese (letra “a”), o procedimento a seguir será o previsto na Lei 9099, de 26.09.95 (art. 69 e seguintes), embora o Anteprojeto contenha regras a respeito (art. 5.º, § 1.º), no meu entendimento ociosas, pois bastaria que se referisse à legislação específica, já bastante estudada, debatida e aplicada nos últimos cinco anos.

Por que, por exemplo, mudar a designação “autor do fato” (art. 69 da Lei 9099/95) para “autuado” (art. 5.º, § 1.º, letra “e” do Anteprojeto)?

A novidade reside na apuração sumária, destinada às demais infrações penais. Nos termos do art. 5.º, § 2.º, ela deverá estar concluída no prazo de dez dias, sem prejuízo da continuidade da realização de outras diligências tidas como necessárias, cujos resultados serão, de imediato, remetidos ao Ministério Público.

Não passa, no meu entendimento, de visão mirífica da triste realidade dos procedimentos policiais. Vislumbro, assim, com pessimismo, o futuro deste dispositivo. Todos os que militam no foro criminal sabem da lerdeza com que tramitam os procedimentos criminais na fase policial. Não tenho, aqui, como sede apropriada para discutir o problema. Trata-se, apenas, de uma constatação, fruto da minha longa experiência como Promotor de Justiça. É norma destinada a ficar no papel, sem aplicação na prática.

Além do mais, o dispositivo em tela prevê a possibilidade de que os autos da apuração sumária sejam remetidos ao Ministério Público sem conclusão das investigações, ou, para usar os termos do Anteprojeto, na dependência de “diligências tidas como **necessárias**”. Ora, se faltam dados **necessários** para a oferta da denúncia, de que adiantaria remeter a apuração sumária para o Ministério Público?

Na verdade, segundo meu entendimento, a grande maioria das investigações policiais se dará mediante inquérito policial, requisitado pelo Ministério Público (artigo 4.º, III do Anteprojeto). Com efeito, ao receber as informações decorrentes da apuração sumária, o Ministério Público, se as entender suficientes, oferecerá denúncia

ou promoverá o arquivamento. Em caso contrário, requisitará, fundamentadamente, a instauração de inquérito policial (artigo 5.º, § 3.º, do Anteprojeto) ou a realização de diligências complementares, **indispensáveis** ao oferecimento da denúncia. A ressalva final parece-me, *data venia*, destituída de sentido, pois o inquérito tem por finalidade, justamente, a realização de diligências necessárias para a formulação da acusação.

8. O Anteprojeto merece elogio ao abolir a requisição da investigação policial pela autoridade judiciária (arts. 4.º, inciso III e 5.º, §§ 3.º e 4.º), absurdo técnico até hoje mantido no atual Código de Processo Penal. Juiz julga; não acusa nem investiga. Desde 1974 já profligava tal anomalia⁹, voltando ao tema recentemente¹⁰, na oportunidade, à luz da Constituição Federal de 1988, quando do exame do sistema acusatório no processo penal brasileiro.

9. Porém, comete grave distorção ao permitir a “investigação judicial falimentar”. Nesse ponto, o Anteprojeto apresenta-se contraditório e incompreensível, violando, frontalmente, a estrutura típica do modelo acusatório que, acertadamente, pretendeu adotar, ao colocar o juiz numa posição imparcial e equidistante para bem julgar¹¹.

10. Permite o Anteprojeto uma participação mais efetiva do ofendido ou de seu representante legal na fase de investigação. É o que se conclui da leitura dos arts. 5.º, §§ 4.º e 8.º, 10, § 6.º, 14 e 28, § 1.º.

A participação do ofendido na fase investigatória pode ser um bem ou um mal. Será vantajosa na medida em que possa colaborar para a realização de uma investigação **justa**. Ao revés, poderá transformar-se em tumulto para a apuração dos fatos, se movida pelo ódio, pela paixão ou por interesses econômicos. É nesse ponto que se

⁹ “A Forma Acusatória Pura, uma Conquista do Anteprojeto”, in *Revista de Direito Penal*, n.º 13, pp. 64/67, Janeiro-Junho de 1974, Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 1974.

¹⁰ “A Ortodoxia do sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: uma falácia”, no endereço <http://www.amperj.org.br/associados/dalla/demoro.htm>

¹¹ Vale notar, no campo da legislação esparsa, inúmeras leis que violam frontalmente o sistema acusatório. Para exame do tema, remeto o leitor ao interessante resumo do Professor PAULO RANGEL, ilustre Promotor de Justiça de nosso Estado, na sua obra *Direito Processual Penal*, pp. 38/41, 2.ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000. No mesmo sentido, veja-se o nosso estudo referido no n.º 10 dessas notas.

apresenta salutar a parte final do art. 14 do Anteprojeto ao estabelecer que tanto o ofendido como o suspeito poderão requerer a realização de qualquer diligência que será efetuada, **se entendida necessária** pelo Ministério Público ou pela autoridade policial. É da natureza do procedimento inquisitivo tal postura legislativa que atende aos melhores objetivos de uma apuração séria dos fatos. O Código em vigor contém dispositivo assemelhado (art. 14) porém menos completo que o constante do Anteprojeto que alude, expressamente, ao Ministério Público.

11. Merece aplauso o fato de que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre deverão ser imediatamente comunicados ao Ministério Público (art. 6.º, § 5.º do Anteprojeto). A Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n.º 75, de 20.05.93), no seu artigo 10, já previa a medida, fazendo-o com maior precisão, ao estabelecer, ainda, a necessidade da remessa de cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão. Agora, a obrigação de comunicação ao Ministério Público a respeito da prisão de qualquer pessoa passa a ser norma processual, tornando desnecessária a aplicação subsidiária indicada no art. 80 da Lei n.º 8.625, de 12.02.93 (LONMP) ao Ministério Público dos Estados.

A medida apresenta, sem dúvida, caráter salutar, podendo ser aperfeiçoada na forma acima preconizada, isto é, pondo-se em compasso com os dizeres da Lei Complementar n.º 75/93.

12. Interessante a inovação constante do art. 7.º do Anteprojeto ao estabelecer que os elementos informativos colhidos na fase investigatória terão como destinatários o Ministério Público ou o querelante, conforme o caso. Servirão, tão-somente, à formação do convencimento sobre a viabilidade da acusação, não podendo constituir fundamento da sentença. Podem, porém, servir à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem autorizadas pelo juiz. As provas produzidas cautelarmente ou aquelas irrepetíveis serão, no entanto, posteriormente submetidas ao contraditório. É o chamado contraditório diferido.

O tema exige algumas considerações.

Em primeiro lugar, é de anotar que, em se tratando de prova oral, há muito não se admite condenação com base na palavra colhida

somente no inquérito policial. Agora, no entanto, a matéria ganhará expresso tratamento legal.

Já em relação às provas irrepetíveis ocorrerá o contraditório delongado, como acontece na atualidade. Desde que os vestígios ainda subsistam, a questão não acarretará maior problema, pois o juiz poderá mandar realizar nova perícia, como, por sinal, previsto em lei (artigo 181 e § único, do CPP).

Outra observação que se impõe relaciona-se com a nova sistemática dos procedimentos penais. É que, segundo dispõe o artigo 399, com a nova redação que lhe imprimiu o Anteprojeto, uma vez recebida a inicial de acusação os autos da investigação policial serão desentranhados do processo e devolvidos ao Ministério Público, remetendo-se uma cópia ao defensor e outra ao querelante, quando for o caso.

Não está prevista a fiscalização pelos interessados (Ministério Público e/ou querelante) das peças que serão encaminhadas ao juiz de instrução e julgamento (necessariamente diverso do juiz que receber a inicial). Tais peças (cautelares e provas irrepetíveis) serão encaminhadas pelo juiz que recebeu a denúncia ou a queixa ao juiz do processo de conhecimento, que irá presidir a instrução criminal e julgar o feito. O texto poderá ser aprimorado, acrescentando-se que as partes interessadas deverão requerer a providência, tomando ciência da decisão que apreciar a postulação, de maneira que possam assenhorear-se se, efetivamente, aquelas provas antecipadas irão instruir o processo.

13. O Anteprojeto faz uma distinção entre investigado e suspeito. Ao ser instaurado o inquérito, a autoridade policial deverá ouvir o investigado (art. 6.º, IV). Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial dará ciência ao **investigado**, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de **suspeito**, com as garantias dela decorrentes (art. 8.º, do Anteprojeto). Vale notar que, na disciplina do Anteprojeto, o suspeito, que já fora interrogado como investigado, será, novamente, ouvido (art. 8.º, § 1º), agora como suspeito, **com expressa observância das garantias constitucionais e legais**. O suspeito, portanto, passará a ser a pessoa que tem contra

si “elementos informativos tidos como suficientes”. A figura do suspeito corresponde ao atual indiciado do Código em vigor (art. 6.º, V). Há, porém, uma observação final no art. 8.º, § 1.º do Anteprojeto, que deveria ser melhor explicitada, dada a sua amplitude. Refiro-me à referência vaga à “expressa observância das garantias constitucionais e legais” em relação ao suspeito, quando de seu interrogatório (art. 8.º, § 1.º). Tal como está dito no Anteprojeto, a matéria pode vir a suscitar dúvidas quanto ao seu exato objetivo, ampliando, erradamente, a presença da defesa na fase pré-processual. Penso, em um primeiro exame, que tais garantias referem-se ao respeito que deva merecer a figura do suspeito, não podendo sofrer qualquer forma de constrangimento ilegal quando de seu interrogatório, respeito, por sinal, que o investigado também se faz merecedor, pouco importa que o Anteprojeto a ele não se refira. Entre tais garantias, ressalte-se o direito ao silêncio, aplicável, também, ao investigado.

14. Digna de registro a redação dada ao art. 15 do Anteprojeto. Cumpre transcrevê-la: “se o suspeito for menor, a autoridade nomeará curador para assisti-lo, preferencialmente advogado, vedada a nomeação de agente policial”. Em trabalho que escrevi a respeito do assunto, já assinalara, faz muito¹²:

“Omissis ...

“Com o advento da Constituição de 1988, que assegurou ao preso a assistência da família e de advogado (art. 5.º, LXIII), torna-se necessário que, no caso de prisão, o indiciado seja, desde logo, assistido por curador-advogado. Em se tratando de indiciado solto, tal não se dá, embora, por razões óbvias, seja conveniente que sempre o curador tenha habilitação técnica”

Omissis ...

“Vale assinalar, ainda, que jamais poderá figurar como curador do indiciado agente da autoridade que presida o inquérito ou

¹² Para um estudo mais detalhado do tema, consulte-se o trabalho de minha autoria “Reflexões sobre o exercício da Curadoria no processo penal”, in *Revista do Tribunal Regional Federal*, 1.ª Região, vol. 07, n.º 04, pp. 57/67, outubro-dezembro de 1995, Brasília, Distrito Federal.

o flagrante. A observação, que me parece óbvia, tem sua razão de ser, pois que, no Rio de Janeiro, é fato corriqueiro a nomeação de detetive para servir como curador de menor”.

Posteriormente, a Comissão constituída pelo Ato 1331, de 08.09.97, no âmbito interno do Ministério Público (*vide* notas **05**, e **06**), propôs a seguinte redação para o atual art. 15 do Código de Processo Penal:

“Se o investigado for menor, ser-lhe-á nomeado curador.

Parágrafo único: a nomeação deverá recair, preferencialmente, em advogado, vedada a nomeação de agentes da autoridade investigante.”

Como de observação tranqüila, o Anteprojeto adota redação bastante assemelhada àquela sugerida pela Comissão formada no Ministério Público fluminense para estudar a reforma do processo penal.

15. O ponto inovador do Anteprojeto repousa, sem dúvida, na disciplina que imprimiu ao arquivamento.

Assim:

a) O art. 28 assinala que o Ministério Público **promoverá** o arquivamento quando, esgotadas todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de **base razoável** para formular a acusação.

Um voto de louvor para o uso do verbo “promover” que substituiu o atual “requerer”, sem dúvida impróprio. Requerer significa pedir, postular, pretender, solicitar. Ora, se, como assinala o atual art. 28, o pedido (*rectius*, requerimento) não pode ser desatendido se emanado do Procurador Geral, o arquivamento, no seu todo, encontra exaurimento no âmbito exclusivo do *Parquet*, mesmo na precária redação atual do art. 28. Portanto, não há falar em requerimento¹³.

Agora, na disciplina do Anteprojeto, em que, acertadamente, se procurou afastar a figura do juiz da fase de investigação penal, o verbo promover cai feito uma luva para definir a atuação do *Parquet* nesta fase preliminar.

¹³ Sobre as críticas à redação do art. 28 do CPP, veja-se o trabalho assinalado *in* nota 7, *supra*.

Quando faltará “base razoável” para a acusação?

Desde que ausentes as condições da ação, sejam elas genéricas, sejam elas específicas. Assim: se o fato for atípico, a punibilidade estiver extinta, inexistir indícios de autoria, faltar suporte fático para a acusação, ou, ainda, ausente uma condição de procedibilidade, faltará “base razoável” para a acusação. Mantém-se, destarte, o princípio da obrigatoriedade da ação penal em toda a sua plenitude e, em razão disso, somente quando “esgotadas todas as diligências cabíveis” é que se cogitará do arquivamento.

Há certa doutrina, mais recente, que acrescenta a “falta de justa causa” como razão para o arquivamento. Parece-me, porém, que se trata de mera superfetação, pois em qualquer uma das hipóteses acima formuladas ocorreria falta de justa causa para a ação penal. Justa causa é, assim, um conceito válvula, abrangente de todas as hipóteses de carência de ação.

b) Manda o § 1.º do art. 28 do Anteprojeto que cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos sejam remetidas, no prazo de três dias, ao “órgão superior do Ministério Público” para homologação ou não da providência.

Alvíssaras, mais uma vez, por afastar o juiz desta fase preliminar, guardando, nesse passo, perfeita consonância com o sistema acusatório.

Porém, a fórmula pode ser aperfeiçoada. Por que não remeter, desde logo, os autos originais ao “órgão superior do Ministério Público”, evitando perda de tempo com o traslado de peças, além de gastos desnecessários?

É preciso ter em conta que as Promotorias de Justiça, no regime a ser adotado, terão que estar dotadas de secretaria própria onde serão guardados os autos da investigação policial devolvidos ao Ministério Público, após o recebimento da denúncia (art. 399, na redação do Anteprojeto). Assim se dará também com os autos arquivados, embora o Anteprojeto não o diga expressamente.

Além do mais, o procedimento ora proposto evitará a providência contemplada no art. 28, § 5.º do Anteprojeto, que dá ao relator do caso a faculdade de requisitar os autos originais, quando o entender necessário.

c) O Anteprojeto alude ao “órgão superior do Ministério Público” como sendo o competente para homologar ou rejeitar a promoção de arquivamento, mediante deliberação.

Em que consistirá tal órgão superior?

Parece-me deva ser composto por um ou mais Colegiados integrados por três Procuradores de Justiça (um deles funcionando como Relator), deliberando por maioria. Tais Procuradores de Justiça serão lotados ou designados no Colegiado respectivo, com atribuição exclusiva em tais órgãos, tendo em conta o volume de serviço que, segundo imagino, deverá ser bastante elevado. Haverá tantos colegiados quantos forem necessários para atender a demanda de arquivamentos.

Afasta-se, dessa forma, o Procurador Geral como sendo a única autoridade a dar a palavra final em matéria de arquivamento o que, sem dúvida, é a solução mais técnica, quer sob o aspecto processual, quer sob o aspecto institucional. Melhor seria que a lei definisse desde logo a composição do “órgão superior”. Não o fez, apenas registrando que a promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do órgão superior do Ministério Público, na forma prevista em seu Regimento.

Ora, regimento é o conjunto sistemático de normas que regem o funcionamento de uma instituição. Nesse sentido é que se fala no regimento de um tribunal¹⁴.

Não me sabe oportuno que tais atribuições revisionais de arquivamento devam ser estendidas ao Conselho Superior do Ministério Público ou ao Colégio de Procuradores de Justiça (ou ao seu Órgão Especial, onde houver). O primeiro daqueles colegiados já exerce numerosas atribuições e não suportaria, com o número bastante reduzido de membros que o integram, a carga de serviço decorrente do exame de todos os arquivamentos ocorridos no Estado. É certo que, legalmente, não haveria empecilho para que tal se desse, tendo em vista o art. 15, XII e XIII da Lei n.º 8.625, de 12.02.1993 (LONMP). Quanto ao Colégio de Procuradores de Justiça (ou seu Órgão Especial),

¹⁴ HUMBERTO PIRAGIBE MAGALHÃES e CRISTÓVÃO PIRAGIBE TOSTES MALTA, *Dicionário Jurídico*, vol II, 2.ª edição, pág. 808, Edições Trabalhistas S.A., Rio de Janeiro, RJ.

que já é órgão revisor dos casos de arquivamento em hipótese de atribuição originária (art. 12, XI, da Lei n.º 8.625, de 12.02.1993), por ser mais numeroso, poderia arcar com menos sacrifício tal ônus revisional (art. 12, XII e XIII da Lei 8.625, de 12.02.1993). Bastaria adaptar o regimento interno do colegiado em questão, conferindo-lhe a nova atribuição.

É, como pode ser observado, mera questão de opção do Ministério Público local.

E, aqui, estou a referir-me somente ao *Parquet* estadual.

d) Outra inovação do Anteprojeto diz respeito ao controle que exercerão em relação ao arquivamento o investigado e o ofendido. Para tanto serão intimados, mediante carta registrada, do arquivamento, podendo, inclusive, apresentar razões escritas em prol de seus interesses até a deliberação pelo órgão superior do Ministério Público a respeito da matéria (art. 28, §§ 1.º, 2.º e 3.º do Anteprojeto). Melhor seria que tais razões fossem apresentadas em prazo determinado mas **antes** da data da deliberação, pois, tal como está previsto na lei, obrigará o relator a retirar o feito de pauta, caso as razões venham a ser apresentadas no dia da deliberação.

Como quase tudo na vida, a providência merece ser acoroçada em certos aspectos mas temida sob outros. Explico-me: de um lado, a fiscalização em si é boa; porém, caberá ao relator tomar o necessário cuidado para que não se instaure o tumulto, criando-se, nesta fase do procedimento, um indevido contraditório. Ao relator incumbirá rechaçar os abusos que venham a ocorrer.

A minha impressão é a de que, na prática, a providência alvitada na lei não passa de quimera, pois raramente encontrará aplicação. Talvez, nos casos de grande interesse público, houvesse de ocorrer. É de ver, no entanto, que naquelas hipóteses, normalmente, não se dá o arquivamento.

Outra dificuldade para a aplicação de tal controle externo do arquivamento é que a parte interessada (ofendido ou investigado) terá que constituir advogado para confrontar as razões do Promotor de Justiça que promoveu o arquivamento (no caso do ofendido) ou apoiá-lo (em se tratando do suspeito).

Mesmo assim, a providência legal, pelo menos em tese, não deve ser desmerecida, completando-se, dessa forma, um regime de controle externo do Ministério Público por parte dos sujeitos da relação de direito material (ofendido e investigado) em relação aos atos de investigação policial. Evita-se, com isso, a impunidade. Já analisamos, linhas acima (10, supra), outros aspectos envolvendo a presença do ofendido na fase preliminar de investigação.

e) Ponto especialmente delicado do Anteprojeto é aquele em que se admite o "arquivamento definitivo" (art. 28, § 6.º).

O que se deve entender por "arquivamento **definitivo**"?

Todos sabemos que o arquivamento dá-se, em regra, *rebus sic stantibus*; ele é provisório por natureza.

Por tal razão, no ordenamento jurídico em vigor (art. 18 do CPP), após o arquivamento, o fato pode continuar a ser investigado desde que, para tanto, haja motivo. Do mesmo sentir a Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, que, após o arquivamento, condiciona a propositura da ação penal à existência de novas provas.

Quando, então, o arquivamento seria definitivo?

Só vislumbro uma hipótese: no caso de haver sido reconhecida a extinção da punibilidade.

Como não há jurisdição sem ação, nesta fase do procedimento não cabe ao juiz intervir pois inexistente ação. Em virtude do princípio da inércia, nos casos de extinção da punibilidade, o arquivamento seria, então, definitivo, embora a extinção do poder de punir do Estado não tenha sido declarada pelo Judiciário.

Este é o motivo pelo qual o art. 61 do CPP autoriza o juiz, "em qualquer fase do **processo**", a reconhecer a extinção da punibilidade. A lei, presumidamente, não usa as palavras em vão e, em função disso, usou o vocábulo **processo** para indicar a existência de ação penal. Aliás, o dispositivo em questão está inserido no Título III, do Livro I, Título que trata, expressamente, da "Ação Penal" (arts. 24 a 62).

f) Resguarda o Anteprojeto a independência funcional do órgão

de atuação do Ministério Público que promoveu o arquivamento ao salientar que se, ao invés de homologar o arquivamento, concluir o órgão superior do Ministério Público pela “viabilidade da ação penal”, designará outro representante do Ministério Público para oferecer denúncia (art. 28 § 7.º). Parece-me que a hipótese é de **delegação** e não de designação, pois esta violaria o princípio do promotor legal ao passo que a delegação é instituto que deriva do poder hierárquico, não comportando recusa pelo membro do *Parquet* indicado¹⁵.

A expressão “viabilidade da ação penal” corresponde a quella outra usada no *caput* da nova redação do art. 28, sobre a inexistência de “base razoável” para o oferecimento de denúncia, embora com fins opostos. Desta já nos ocupamos acima (n.º 15, letra “a”).

g) Do estudo empreendido sobre a nova disciplina de arquivamento da investigação policial ou das peças de informação, faz-se mister destacar que, na verdade, adaptou-se ao processo penal o regime adotado, de longa data e com sucesso, no arquivamento do inquérito civil cogitado na Lei de Ação Civil Pública (art. 9.º da Lei 7.347, de 24-VII-85).

16. Interessante inovação veio a ser introduzida no art. 30 do CPP , quando em jogo ação de iniciativa privada. Além do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, disporão de legitimidade *ad causam* para promover a ação “as autoridades legitimadas por lei à defesa de direitos difusos ou coletivos, quando se trate de ação penal que os envolva”.

17. Original, sem dúvida, a observação feita pelo Professor ROGÉRIO PACHECO ALVES¹⁶, douto Promotor de Justiça no Rio de Janeiro, a respeito de omissão por ele constatada no Anteprojeto. Com efeito, após exaltar os méritos indiscutíveis das diretrizes adotadas pelo Anteprojeto, registra:

¹⁵ A delegação respeita de um lado o Princípio do Promotor legal e do outro o da independência funcional do delegado. *Vide* sobre o tema o trabalho referido *in* nota n.º 7, *supra*.

¹⁶ ROGÉRIO PACHECO ALVES, “Notas à Reforma do Código de Processo Penal”, trabalho apresentado perante a FEMPERJ-CEJUR-CPJ - “Prêmio Luiz Carlos Cáfaro”.

“Não obstante, sem prejuízo do acerto da orientação adotada, neste passo, pela ‘Comissão Grinover’, não se percebeu que a retirada do juiz da fase investigatória acaba por consagrar o chamado ‘conflito de atribuições’ entre Membros do Ministério Público na fase investigatória, matéria que não conta com qualquer referência por parte do atual Código de Processo Penal, omissão não suprida pelo Anteprojeto”.

Não resta dúvida do acerto da colocação, partindo do sistema adotado no próprio Anteprojeto. É chegada a hora da atribuição do Ministério Público ser vista, em alguns casos, como verdadeiro pressuposto de validade da instância, recebendo conveniente tratamento legislativo¹⁷.

18. Atribui-se ao “órgão superior” de que nos ocupamos, com vagar, em texto anterior (**15**, *supra*), função corregedora **permanente** em relação à observância dos prazos a que alude o art. 46 do CPP. Entendo que tal atribuição poderia estender-se ao controle da inobservância de qualquer prazo por parte dos Promotores de Justiça, inclusive para a aplicação das sanções administrativas e disciplinares cogitadas no art. 801 do Código de Processo Penal. Aliás, quando da disciplina normativa que irá regular o “órgão superior” deverá ser fixado um procedimento para os diversos atos, inclusive com a indicação dos prazos respectivos para os próprios componentes do órgão colegiado. Haverá, igualmente, um salutar controle externo por parte do ofendido e/ou do suspeito a respeito do descumprimento dos prazos fixados (artigo 46, § 3.º do Anteprojeto). Importa registrar que a lei, da mesma forma que exige a apuração da responsabilidade do faltoso, deveria haver ressaltado o retardamento em razão de motivo de força maior. Explica-se: é comum aos membros do Ministério Público exercerem várias atribuições em acumulação, não me parecendo justo punir o Promotor ou o Procurador faltoso sem que a lei ressalve a possibilidade do prazo haver sido excedido por motivo

¹⁷ Sobre a matéria, anote-se estudo bastante antigo por mim empreendido sob o título: “Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal”, in *Revista Forense*, vol. 269, pág. 157 e seguintes. Na mesma linha de pensamento pode ser examinado outro trabalho, igualmente vetusto, de minha autoria: “Apontamentos sobre o Conflito de Atribuições”, in *Temas de Processo Penal*, pág. 01/09, Editora Lumen Juris, 2000.

justificável. A lei em vigor prevê possa o juiz, “declarando motivo justo”, exceder, por igual tempo, os prazos a ele fixados no Código (artigo 800, § 3.º do Código Processo Penal). Por que não conceder aos membros do Ministério Público igual tratamento, por sinal justíssimo, fazendo ressalva apenas em relação aos procedimentos em que o suspeito e/ou réu estivesse preso. Bastaria, para tanto, aditar o mandamento legal contido no art. 800, § 3.º do CPP na forma indicada. Igualmente, nos prazos próprios não se admitiria a ressalva. Aqui estaríamos diante de prazo de preclusão forte. Assim, por exemplo, seria inadmissível pretender prorrogar o prazo de interposição de um recurso.

19. Exalte-se, ainda, no Anteprojeto, a existência de dispositivo expresso vetando as famigeradas VPI's¹⁸. Nesse sentido o art. 17, §§ 1.º e 2.º do Anteprojeto. Fecha-se, assim, um rigoroso sistema de controle legal, vedando o “arquivamento” de qualquer peça de informação por parte da autoridade policial (arts. 5.º, § 3.º e 14, parágrafo único, do Anteprojeto).

20. Que dizer do Anteprojeto no seu todo?

No meu entendimento, ele contém mais virtudes que defeitos. É, anos-luz, mais técnico que o atual Código de Processo Penal. Acredito mesmo que, com os aperfeiçoamentos indicados, possamos vir a ter, em relação à investigação penal na sua fase pré-processual, um diploma legal de excelente qualidade, contrastando mesmo com a má qualidade das últimas leis processuais todas obcecadas pela rapidez na solução dos processos (embora o Estado não providencie a necessária infraestrutura para tal) e, mais grave ainda, por darem ao réu todas as vantagens em detrimento do bem comum, deixando a sociedade ordeira e honesta cada vez mais indefesa e amedrontada.

21. Podem ser alinhadas entre as virtudes do Anteprojeto:

a) nos casos de ação pública, faz do Ministério Público o único destinatário da investigação penal;

¹⁸ Examinando o assunto à luz da legislação em vigor, veja-se o estudo de minha autoria, “A ilegalidade das VPI's, das sindicâncias, dos acautelamentos e quejandos”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 09, 3.ª fase, jan-jun/99, pág. 209 e seguintes.

b) as funções de supervisão e controle da investigação, hoje conferidas ao juiz no inquérito policial, mas não-recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, ficarão entregues ao *Parquet*;

c) com tais providências, garante-se ao juiz a imparcialidade necessária para bem julgar, incumbindo-lhe, nesta fase, tão-somente, a prática de atos jurisdicionais típicos, tais como a apreciação de cautelares. É o que, tantas vezes tenho sustentado: juiz julga; não lhe cabe investigar;

d) o controle do arquivamento se dará, integralmente, no âmbito do Ministério Público, a cujo “órgão superior” será conferida a fiscalização da atuação ministerial perante o primeiro grau de jurisdição, quer homologando o arquivamento, quer determinando, mediante delegação, que outro representante do Ministério Público ofereça a denúncia. Em suma: resguarda o sistema acusatório em toda a sua plenitude;

e) assegura ao ofendido e ao suspeito uma participação maior na fase investigatória policial. É modalidade de controle externo por parte dos sujeitos da relação de direito material em relação aos atos de persecução criminal na fase pré-processual que, se exercida nos limites a que se propôs o legislador, poderá ser de grande utilidade para a apuração dos fatos (**10**, *supra* e **15**, “d”, *supra*);

f) ressalte-se o bom senso do Anteprojeto ao manter os artigos de lei na ordem em que estão dispostos no Código em vigor apenas alterando-lhes a redação de acordo com o novo sistema adotado. Com efeito, após seis décadas de vigência do atual Código, é natural que eles já estejam memorizados por todos aqueles que militam no foro criminal;

g) a comunicação da prisão de qualquer pessoa ao Ministério Público é outra providência merecedora de encômio, dando maior garantia para a efetiva tutela da liberdade individual (**11**, *supra*);

h) a disciplina do arquivamento é, talvez, o ponto alto do Anteprojeto, resguardando, por completo e dentro da sua maior pureza, o sistema acusatório (**15**, *supra*).

22. Mas, no meu pensar, há pecadilhos que podem ser reparados:

a) a expressão “investigação penal” soa como mais adequada que a adotada no Anteprojeto (**5**, *supra*);

b) coerente com a política traçada no Anteprojeto, impõe-se a existência de dispositivo expresso **facultando** ao Ministério Público a investigação direta (**6**, *supra*). Aqui, há grave omissão. Diria, um pecado mortal;

c) a chamada “apuração sumária” poderá ser extirpada do Anteprojeto, pois não lhe fará falta, já que se destina a transformar-se em providência anódina (**07**, *supra*);

d) a “investigação judicial falimentar” afronta o sistema, uma vez que em total descompasso com ele, e, da mesma maneira, impõe-se seu afastamento do Anteprojeto (**09**, *supra*). No caso, estamos diante de outro pecado mortal; não de mero pecadilho;

e) impõe-se, da mesma forma, que o conflito de atribuições venha a merecer tratamento processual, desde o momento em que o juiz se vê afastado da fase investigatória preliminar. É omissão que pode ser suprida, agora, quando da apreciação da matéria nas casas do Congresso (**17**, *supra*).

23. Para rematar, uma séria advertência voltada para aqueles que terão a responsabilidade de fazer funcionar as boas regras contidas no Anteprojeto. Refiro-me à necessidade **imediate** de dotar o Ministério Público de infra-estrutura indispensável para que ele possa atuar com efetividade. Para que tal se dê, os Promotores de Justiça terão que estar aparelhados com secretaria própria, o mesmo ocorrendo com o “órgão superior” que irá rever os arquivamentos e exercer permanente função corregedora em relação aos prazos do art. 46.

Sergio Demoro Hamilton,
Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro

**breves anotações
sobre as consequências
jurídicas do apagão**

Sérgio neves coelho,
procurador de justiça

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE AS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DO “APAGÃO”

Sérgio Neves Coelho

A crise no abastecimento de energia, que levou o Governo Federal a criar Comissão específica para combatê-la, tem gerado perplexidade na população e constitui tema geral na imprensa, ofuscando outros graves problemas que o Brasil tem enfrentado, notadamente quanto à Ética, no tocante aos deslizes no âmbito da corrupção e da violação do segredo de votações na Câmara Alta do país.

A preocupação com a possibilidade de corte de fornecimento desse importante insumo econômico está causando preocupações nas classes empresariais, assustadas com a perspectiva de redução das atividades econômicas, quando o Brasil acenava com a possibilidade de retomada de seu crescimento, bem como tem amedrontado a população em geral, atingida pelo perverso modelo de distribuição de renda, que privilegia a estabilidade monetária em detrimento da valorização social.

O mais assustador, contudo, não é a antevisão da redução da economia, pela falta de sua força motriz, com a inevitável diminuição no crescimento do PIB e aumento nas taxas de desemprego. Tampouco os sacrifícios que se imporão ao já sacrificado povo brasileiro, que teme por sua segurança já tão ameaçada, diante da redução da iluminação pública ou da própria escuridão total, em conseqüência de cortes programados ou não no fornecimento de energia. Ainda não é tão atemorizadora a visão (ainda que sem luz) de sérios problemas nos serviços vitais, como o tratamento em hospitais e demais unidades de

saúde, ou mesmo de pacientes que em seus lares utilizam aparelhos elétricos para suprirem suas deficiências.

O que nos assusta e atemoriza é a insensibilidade desavergonhada do Governo Federal que alega estar surpreso com o problema, do qual há muito tinha ciência e, mais ainda, de sua intenção de repassar aos consumidores, quer empresariais ou individuais, o custo de sua inércia e desídia. A ameaça de taxas ou sobretaxas, de tarifas, desligamento compulsório de energia elétrica e cortes programados ou não, escondem que na verdade é a União que deve ser responsabilizada por tal quadro, sendo obrigada a indenizar o empresariado ou os particulares pelos danos que vierem a sofrer.

Com efeito, como determina o art. 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal, à União compete explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos. Essa exploração, dentre outros, rege-se expressamente pelo princípio da eficiência, previsto no art. 37, “caput”, da Lei Maior, princípio este aplicável à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. E na esteira do parágrafo 6.º desse mesmo art. 37, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

É certo que no Direito Administrativo, como no Direito Público em geral, vigora como princípio informador e mola mestra de sua estrutura, a supremacia do interesse público, mais apropriadamente denominado por Odete Medauar de preponderância do interesse público sobre o privado (cf. “Direito administrativo moderno”, 4.ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, pág. 153). Diante disso, todos estamos obrigados à redução compulsória do consumo de energia elétrica, sob pena de colapso nas atividades essenciais do país. Isto, contudo, não exime a responsabilidade da União no ressarcimento dos prejuízos causados

por sua incúria, na falta de investimentos na geração e transmissão de energia elétrica.

A supremacia do interesse público não implica na exoneração no dever de indenização do Estado, até mesmo quando este age licitamente. É o que ocorre, por exemplos, nos casos de desapropriação e requisição de propriedade particular, previstos no art. 5.º, incisos XXIV e XXV, da Constituição Federal. No primeiro, o Estado pode expropriar bem do particular, por motivo de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mas mediante justa e prévia indenização em dinheiro. No segundo, no caso de iminente perigo público, a autoridade poderá usar a propriedade particular, assegurado ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

A responsabilidade da União no caso é objetiva, configurando o chamado risco administrativo, que afasta a necessidade de prova de culpa por parte do lesado. E tal culpa, ainda que se fizesse indispensável, constitui fato público e notório, que independe de prova, pois é sabido que o aumento da demanda de eletricidade, diante da retomada do crescimento econômico do país, acarretaria a perspectiva de falta de energia elétrica.

Ademais, a União na qualidade de prestadora de serviço público, está sujeita às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido o ensinamento do eminente administrativista Diógenes Gasparini:

“O art. 3.º do Código do Consumidor (Lei federal n.º 8.078, de 11-9-1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor) estabelece que fornecedor é ‘toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços’. Vê-se que a

Administração Pública, em qualquer de suas manifestações (federal, estadual, distrital, municipal), sempre que, em razão de seu comportamento, puder ser havida como fornecedor, subsume-se integralmente às disposições desse Código. Assim é se o Município, por exemplo, for o prestador dos serviços de transporte de passageiros ou o executor dos serviços de captação, tratamento e distribuição de água domiciliar ou explorador dos serviços funerários. Nesse aspecto, a Administração Pública equipara-se ao fornecedor particular.” – cf. “Direito administrativo”, 6.ª ed., São Paulo: Saraiva, 200’, págs. 271-2.

Saliente-se, por último, que a sistemática pretensão da Presidência da República em restringir inconstitucional e ilegalmente as prerrogativas dos consumidores pode configurar em tese crime de responsabilidade previsto no art. 85, inciso III, da Constituição Federal. De fato, dentre os direitos individuais e coletivos previstos na Carta Magna figura a proteção do consumidor pelo Estado, na forma da lei. Ora, a edição de medidas que têm, precisamente, o escopo de prejudicar o consumidor, restringindo indevidamente seus direitos, caracteriza violação a direito e garantia inculpidas como cláusulas pétreas em nosso sistema constitucional. E as garantias constitucionais, como a defesa do consumidor, só podem ser suspensas na hipótese de decretação de estado de sítio e calamidade pública, nos termos do art. 138, “*caput*”, da Lei Fundamental. Ademais, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer e a segurança, que poderão ser afetados por medidas atribuídas no campo do racionamento de energia, por parte do Governo Federal, constituem direitos sociais insertos no art. 6.º da Constituição Federal. E tais direitos configuram cláusulas pétreas e sua violação está, portanto abrangida no conceito de crime de responsabilidade regulado no já mencionado art. 85, inciso III.

Lamentavelmente, parece que o Presidente da República pretende trilhar esse mau caminho. Os jornais de 24.5.2001 noticiam que a medida provisória que cria o “Ministério do Apagão”, ao lado de outras inconstitucionalidades, pretende impedir os usuários de reclamar por

danos causados por cortes de energia, vedando-lhes invocar o Código de Defesa do Consumidor.

São estas as considerações ora expendidas sobre o tema tão relevante e atual e que se espera possam servir de estímulo àqueles dotados de maior fôlego intelectual para que sobre ele meditem com maior profundidade.

Sérgio Neves Coelho,
Procurador de Justiça, Especialista
em Direitos Difusos e Coletivos pela ESMP,
professor de Direito Administrativo na Unip

**competência
constitucional nos
crimes ambientais**

ana paula fer nandes noqueir a da cruz,
promotora de justiça

COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES AMBIENTAIS

Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz

1. Introdução

O presente estudo objetiva tecer breves considerações acerca da competência constitucional em matéria de Direito Criminal Ambiental e estabelecer algumas considerações sobre as diferenças em relação ao Direito Criminal comum.

Nossa preocupação nasceu dos estudos desenvolvidos para a elaboração de dissertação de mestrado¹, onde ficou patente que o Direito Criminal Ambiental deve ser informado à luz de outros princípios que não só os que embasam o Direito Criminal clássico. Esses princípios são aqueles do Direito Ambiental.

Dentre os mais importantes princípios do Direito Ambiental seguramente o da co-responsabilidade das entidades federativas é um dos mais significativos (art. 225, *caput* da Constituição Federal).

Essa co-responsabilidade vai se traduzir tanto na chamada competência material, que quer significar que todos estes entes federados têm o poder-dever de adotar medidas de caráter material para o fim de tutelar os bens ambientais quanto na competência legislativa.

Esta última vai se traduzir na competência concorrente da União, Estados, Municípios e Distrito Federal para legislar sobre proteção ao Meio Ambiente. E esta competência, como se verá no desenvolvimento deste trabalho, abrange todas as esferas do Direito

¹ *A tutela criminal ambiental*. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito, São Paulo, 2000.

– cível, criminal e administrativa, formando o que chamamos de competência ambiental.

2. Da competência material

Conforme identifica CELSO FIORILLO, a estrutura da política nacional em matéria ambiental passou a ter seus fundamentos fixados em dois dispositivos constitucionais: os arts. 23, incs. VI e VII e 225, baseado em critério e competência material cumulativa e predominância do bem difuso em face dos bens públicos ou privados².

O art. 23 da Constituição Federal preceitua, *in verbis*:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

...

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora.

Vale dizer então, com apoio na doutrina de CELSO FIORILLO, que a Constituição vai impor a todos os entes federativos a proteção ambiental adaptada à chamada competência material comum, ou seja, proteção ambiental adstrita a normas que conferem deveres aos entes da Federação e não simplesmente faculdades³.

Ou como preceitua VLADIMIR PASSOS DE FREITAS:

“É importante observar que, em face da competência comum, pouco importa quem seja o detentor do domínio do bem ou o ente que legislou a respeito. Todos podem atuar na preservação das árvores, da fauna, da flora.

...

² O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil, p. 1.

³ Ob. cit., p. 79-80.

*O art. 23, inc. VII, estabelece a competência comum, e a todos os entes políticos cabe cumprir o dever de preservar o meio ambiente*⁴.

Esse **dever** fica ainda mais patente ao se analisar o acima comentado dispositivo constitucional em conjunto com o art. 225, *caput* e o seu § 1.º, que prescrevem como um dever imposto ao Poder Público a adoção de todas as medidas tendentes a proteger os bens ambientais.

Aqui CELSO FIORILLO ressalta a importância do critério da preponderância do interesse e da colaboração entre os entes da federação. Deste modo, o Município, com fundamento nos dispositivos acima citados e também com apoio no que prevê o art. 30, I, vai reunir efetivas condições de atender de modo imediato às necessidades locais, particularmente em um país como o Brasil, de proporções continentais e cultura diversificada. É a partir do Município que a pessoa humana poderá usar efetivamente os bens ambientais, visando à sua plena integração social baseada na moderna concepção de cidadania⁵.

Desta forma, todos os entes da federação devem (sob pena inclusive de incorrer em responsabilidade pela omissão) adotar todas as medidas para proteger a qualidade dos bens ambientais e, em consequência, da própria vida.

Não pode cada um dos entes federados aguardar que o outro aja sob a alegação de falta de competência. A cada um e a todos cabe a iniciativa de proteção ambiental podendo, na prática, atuar de forma coordenada como, aliás, preceitua a Lei 6.938/81 ao disciplinar o SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente.

3. Da competência legislativa

Quanto à competência legislativa, de edição de normas, o problema da competência deve ser analisado com mais cuidado. Já

⁴ A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais, p. 77.

⁵ Ob. cit., p. 80-81.

concluímos que a proteção ambiental deve se dar mediante a adoção de todas as medidas tendentes a prestar com eficácia essa tutela. Nessa linha de pensamento a tutela criminal é absolutamente indispensável para efetivar essa proteção. A partir dessas premissas cabe a indagação: a quem cabe legislar em matéria de Direito Criminal Ambiental?

Em uma primeira análise do disposto no art. 24, VIII, em conjunto com o art. 22, I, poderíamos apressadamente concluir que somente a União poderia editar normas criminais ambientais, restando aos demais entes da federação a competência legislativa sobre os demais aspectos da responsabilidade ambiental.

Todavia, com base em uma análise sistemática do ordenamento constitucional, queremos crer que com relação à competência legislativa a Constituição Federal inovou em matéria de Direito Ambiental. Com efeito, o art. 24, VIII, dá um enfoque includente disciplinando a tutela ambiental sob todos os aspectos – civil, administrativo e penal, *in verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

...

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Consoante a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a Constituição, nesse passo, tratou de excepcionar a regra constante do art. 22, I (que prevê competência legislativa exclusiva da União para legislar sobre direito civil e penal), para acolher, em relação à responsabilidade constitucional por dano ambiental sob um enfoque includente, regras específicas que incluem a competência concorrente para os Estados e o Distrito Federal legislarem supletivamente (art. 24, § 2.º) às normas gerais fixadas pela União também no tocante à responsabilidade civil e penal (*rectius* criminal, consoante o entendimento adotado neste estudo)⁶.

⁶ *Direito ambiental constitucional*, p. 208.

Em sentido semelhante é a lição de FRANCISCO JOSÉ MARQUES SAMPAIO:

“A Constituição Federal cuidou também de regular, de modo peculiar, a competência legislativa a respeito da responsabilidade por danos ambientais. Em princípio seria razoável que a competência legislativa sobre a matéria seguisse a regra das pertinentes ao direito civil e ao direito penal, sobre as quais há competência privativa da União para legislar, nos termos do art. 22, inc. I, da Magna Carta.

É certo, porém, que o legislador constituinte houve por bem excepcionar a regra geral de repartição de competências legislativas ao estabelecer que, em matéria de responsabilidade por danos ao meio ambiente – assim como a outros interesses difusos por ele enumerados no inc. VIII do art. 24 – a competência legislativa deve ser concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal”⁷.

Este raciocínio poderá ser acolhido ao se constatar que a Constituição Federal, no tocante à proteção do meio ambiente, não definiu uma responsabilidade civil, outra penal e outra administrativa, de forma estanque e compartimentada. O que ela previu foi um enfoque globalizante que ora denominamos responsabilidade ambiental, com princípios e objetivos próprios, norteados pela idéia da prevenção do dano.

Assim, nada obstará a que o legislador de São Paulo, por exemplo, identificando o problema das queimadas na agricultura canavieira na região de Ribeirão Preto e Piracicaba, houvesse por bem criar um tipo penal específico, o qual foi vetado na lei federal (art. 43 da Lei 9.605/98). Tratar-se-ia de claro exemplo de exercício de competência legislativa suplementar, nos termos do art. 24, § 2.º da CF.

Poderia mesmo se falar em definição de crimes por norma municipal. Seria o caso, por exemplo, de se punir de forma diferenciada

⁷ Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente, p. 148-149.

crimes contra um determinado bem ambiental de relevância específica dentro de um Município.

Consoante o entendimento de LUCIANA PONTES:

“A competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local define-se segundo o critério da predominância do interesse. Mas devemos ressaltar que nem a União, nem os Estados podem legislar especificamente sobre matéria de interesse local de um único Município, salvo quando tal matéria esteja compreendida também no âmbito da competência privativa do respectivo ente (União e Estado).

Observe-se que a União não poderá dispor sobre matéria de interesse local de um único Município, posto que sua competência está restrita à disciplina de normas gerais de proteção do meio ambiente. Entretanto, os Estados, em virtude da competência para dispor sobre normas específicas de interesse local do Município, mas desde que o mesmo não tenha exercido sua competência, e caso venha a exercê-la posteriormente, mesmo dispondo diferentemente da norma estadual, é a norma municipal que deverá prevalecer”⁸.

Nessa ordem de idéias caberia à União legislar sobre normas gerais de Direito Criminal Ambiental e aos Estados e Municípios a legislação supletiva, com base no critério da preponderância do interesse.

4. Conclusões

1. A Constituição Federal, diferentemente das anteriores que protegiam o meio ambiente de forma reflexa, deu à proteção ambiental uma forma sistemática e integrada, tratando-o como bem jurídico autônomo.

⁸ A competência legislativa em matéria ambiental., p. 148-149.

2. A finalidade do Direito Criminal é proteger aqueles bens jurídicos fundamentais ao desenvolvimento da pessoa humana à luz do conceito de dignidade fixado pelo art. 1.º, III, da Constituição Federal c. c. o art. 6.º.

3. O meio ambiente revela dignidade criminal porque a CF expressamente o indica como bem de excepcional relevância. Além disso, constitui bem essencial ao desenvolvimento da pessoa humana, sendo pressuposto da efetivação dos direitos fundamentais à vida com qualidade.

4. Dadas as peculiaridades dos bens ambientais, é necessária a construção de um Direito Criminal Ambiental que se informe não só pelos cânones do Direito Criminal, mormente os critérios da dignidade e da necessidade, mas que principalmente atenda aos princípios basilares do Direito Ambiental.

5. Com base em uma análise sistemática da Constituição Federal, verificamos que a competência material para a proteção do meio ambiente é comum.

6. Ainda com base nessa análise concluímos que a competência legislativa também é concorrente.

7. Nessa linha, poderiam os Estados e os Municípios editarem normas de Direito Criminal Ambiental, observados o critério da preponderância do interesse e a competência da União para a edição de normas gerais.

**Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz,
13º Promotor de Justiça de Santos/SP, Mestre
em Direito – PUC/SP, Professora Universitária**

BIBLIOGRAFIA

- BENJAMIN**, Antônio Herman de Vasconcellos e. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. e (coord.). *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral*. Conferência proferida no 12º Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de Teses – T. 2, p. 389-403.
- CARVALHO**, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CUNHA**, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime (uma perspectiva da criminalização e da descriminalização)*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.
- FIORILLO**, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FIORILLO**, Celso Antonio Pacheco; **ABELHA RODRIGUES**, Marcelo. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1999.
- FREITAS**, Gilberto Passos de e **FREITAS**, Vladimir Passos de. *Crimes contra a natureza*. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Crimes contra a natureza*. 6ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2000.
- FREITAS**, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 77.
- HASSEMER**, Winfried. A preservação do meio ambiente através do direito penal. Conferência proferida no I Congresso Internacional de Direito do Ambiente, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *Rev. C. C. Direito*, Ed. Lusíada, n. especial, 1996.
- LECEY**, Eládio. Novos direitos e juizados especiais. A proteção do meio ambiente e os juizados especiais criminais. *Revista de Direito Ambiental*, n. 15, jul./set./1999, p. 9-17.
- LITTMANN-MARTIN**, M. J. A proteção penal no direito francês. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 18, p. 57-67.
- MACHADO**, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- PONTES**, Luciana Costa Fonseca. *A competência legislativa em matéria ambiental*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da PUC/São Paulo como exigência parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo, 1999.
- PRADO**, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 1997.
- SAMPAIO**, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- SILVA**, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- _____. *Direito ambiental constitucional*. 2.ª ed., 3.ª tir. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

**AGENTE INFILTRADO:
Inovação da Lei 3.217/2001**

LUIZ OTAVIO DE OLIVEIRA ROCHA,
promotor de justiça em São Paulo

AGENTE INFILTRADO: INOVAÇÃO DA LEI 10.217/2001

Luiz Otavio de Oliveira Rocha

INTRODUÇÃO

O legislador brasileiro, após alguns anos de hesitação, acaba de introduzir em nosso ordenamento jurídico a figura do “agente infiltrado” (doravante *AI*), com a edição da Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, que entrou em vigor no dia seguinte, composto de apenas dois artigos, que alteram o “*caput*” dos artigos 1.º e 2.º da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, inserindo dois incisos (IV e V) e um parágrafo no artigo 2.º.

Como se sabe, o texto original da Lei 9.034 (“Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”) levado à sanção presidencial em 1995 já continha previsão do *AI*, tendo o dispositivo correspondente (inciso I do art. 2.º) sido vetado pela Presidência da República. Anos depois, o próprio Poder Executivo encaminhou projeto de lei (n.º 3.275/2000) voltado a introdução da figura antes rejeitada, para cujo trâmite foi solicitada “urgência constitucional” (retirada em 5 de dezembro de 2000), culminando meses depois com a edição da Lei 10.217, com diversas modificações no texto original¹.

¹ A edição de “O Estado” de 17.11.1999 continha a seguinte notícia: “*Governo quer infiltrar agentes no narcotráfico... O presidente Fernando Henrique Cardoso encaminhou recentemente ao Ministério da Justiça, para análise, um anteprojeto de lei... que prevê a infiltração policial no narcotráfico*”. Já a edição de 6.4.2000 informava que “*o Plano Nacional de Segurança Pública, entregue pelo ministro da Justiça, José Carlos Dias... permite a infiltração de policiais em quadrilhas com autorização judicial...*”.

No interstício, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal presidida pela Profa. Ada Pelegrini Grinover² apresentou ao Ministro da Justiça (em 6.12.2000) nada menos do que onze projetos de reforma.

Embora fosse razoável esperar que o exame da conveniência da introdução do *AI* na legislação processual passasse a integrar a discussão deflagrada com a divulgação dessas propostas, de forma algo surpreendente, sem que comunidade jurídica pudesse manifestar-se a respeito do tema, engendrou-se a Lei n.º 10.217, que assomou ao direito positivo com melhorias em relação ao texto original, mas com lacunas que provavelmente dificultarão sobremaneira sua aplicação.

Com este trabalho, nos propomos a tecer uma breve análise do instituto do *AI*, exclusivamente, com a ressalva de que a novíssima lei trata também da “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise”, afetando gravemente o direito à intimidade dos cidadãos, cuja transcendência obriga exame detido e apartado, que faremos em outra oportunidade³.

NOVAS TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO.

Uma das conseqüências mais visíveis da “globalização” da economia é o incremento da criminalidade organizada⁴ de âmbito transnacional.

² A comissão de reforma foi constituída pela Portaria n.º 61, de 20 de janeiro de 2000, do Ministério da Justiça, na gestão José Carlos Dias, tendo sido composta pelos seguintes jurista, além da mencionada Presidente: Petrônio Calmon Filho – secretário; Antônio Magalhães Gomes Filho; Antônio Scarance Fernandes; Luiz Flávio Gomes; Miguel Reale Júnior; Nilzardo Carneiro Leão; René Ariel Dotti; Rogério Lauria Tucci; Sidnei Beneti.

³ Na clássica obra sobre o tema, “*The Righth to Privacy*” (Harvard Law Review, Vol. IV, número 5, 1890), SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS afirmavam já no século XIX que “As instantâneas fotográficas e as empresas jornalísticas invadiram os sagrados recintos da vida privada e doméstica; e os numerosos aparatos mecânicos ameaçam tornar realidade a profecia que reza: ‘o que se diga na intimidade será proclamado a quatro ventos’”.

⁴ V. a respeito SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *La expansión del Derecho Penal - Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, especialmente o capítulo 3.

A existência de fronteiras nacionais pouco significa para as organizações criminosas⁵, que atuam de forma “geocêntrica”⁶, e essa situação vem gerando, como contrapartida, uma reação da comunidade internacional que se materializa na promoção de reformas legislativas nos ordenamentos internos dos Estados, com o objetivo de aumentar o grau de eficiência da repressão às atividades desses agrupamentos.

Como o processo de integração supranacional é movido basicamente por pautas de interesses econômicos⁷ -e, assim, se auto-alimenta na busca de maior eficiência repressiva-, encontra-se condicionado pelo caráter multifacetário dos institutos que caracterizam as diversas famílias do Direito⁸, com predominância inevitável do Direito dos países que predominam no cenário político-econômico mundial (Estados Unidos e seus principais aliados).

Disso deriva que se está formando paulatinamente um Direito repressivo (Penal e Processual Penal) transnacional misto, de características nem sempre bem ajustadas aos contornos limitadores da atuação estatal em face do indivíduo, fixados pela doutrina do pós-guerra que forjou o conceito de Estado de Direito⁹.

Afigura-se, assim, como ingrediente de tal processo, a intensa discussão que se trava hoje nos países de tradição jurídica romano-canônica sobre a conveniência de introduzir-se nas respectivas

⁵ O jornal espanhol “EL PAÍS”, edição de 12.09.1999 (n.º 1227), continha a seguinte notícia: “*Jefes de la mafia rusa dirigen sus negocios en Moscú desde lujosas villas de Marbella...*”. A respeito, v. DEL PONTE, Carla, artigo intitulado “*Crimen Organizado y Lavado de Dinero*”, in “*Narcotráfico, Política y Corrupción*”, Ed. Temis, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 174.

⁶ Cf. CERVINI, Raúl, “*Crime Organizado - enfoque criminológico jurídico -lei 9.034/95- e político-criminal*”, Ed. RT, 2.ª Ed., São Paulo, Brasil, 1997, op. cit., págs. 271-272, citando ADOLFO BERIA DI ARGENTINE.

⁷ V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, op. cit., pág. 68.

⁸ Basicamente podemos distinguir três grandes famílias jurídicas: a do Direito Continental (ou *civil law*), derivada do Direito romano-germânico, presente nos países latinos e Alemanha; a da *Common Law*, derivada do Direito Inglês, nos países anglo-saxões, nas ex-colônias britânicas e, principalmente, Estados Unidos; a do Direito Islâmico, influenciada pelos princípios da religião muçulmana, nos países onde predomina a religião de Maomé.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. (op. cit., pág. 64), observa que caminhamos para “*un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales*”.

legislações internas as modernas técnicas de investigação conhecidas como *infiltração de agentes*, *arrependimento de criminosos* e *entrega vigiada ou controlada*, derivadas todas elas, diga-se, do Direito da *Common Law*, que também gerou os novéis mecanismos de proteção de testemunhas e peritos (...).

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

As duas últimas figuras já haviam sido introduzidas no sistema repressivo brasileiro por leis anteriores, também bastante recentes. Cuidaram das hipóteses em que se pode premiar o “*arrependido*” as Leis 9.080, de 19.07.1995, 9.613, de 3.03.1998 e 9.807, de 13.07.1999. Por vez, o retardamento da ação policial com vistas a um melhor aproveitamento probatório do fato (“*ação controlada*”) fora objeto da mesma Lei 9.034, que passa então a comportar em seu bojo também a “*infiltração por agentes de polícia ou de inteligência*”.

Pode-se afirmar, portanto, que o Brasil de hoje conta com legislação processual que admite todas as modernas técnicas de investigação criadas a partir da experiência mundial recente de combate à criminalidade organizada.

MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEI 9.034/95.

Em um primeiro exame do texto da Lei 10.217 se detecta a intenção de corrigir as principais imprecisões terminológicas apontadas pela doutrina relativamente a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995.

A nova redação do artigo 1.º agora alude expressamente a “*quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo*”, em substituição a expressão muito menos abrangente do texto anterior (“...ações de quadrilha ou bando”), que fora criticada pela doutrina pela evidente incongruência do texto com o propósito do

legislador, quer porque o conceito doutrinário de “organizações criminosas” é bastante mais amplo que o de “quadrilha ou bando”¹⁰, quer porque o título dado ao capítulo I (“Da definição de Ação Praticada por Organizações Criminosas e dos Meios Operacionais de Investigação e Prova”) não correspondia ao conteúdo das normas subseqüentes, ao não conter qualquer definição de “organizações criminosas”¹¹.

A alteração ao “*caput*” do artigo 2.º da Lei 9.034 apenas aprimorou sua redação, consistindo as demais na introdução dos incisos IV (“captação e interceptação ambiental...”) e V (“infiltração por agentes...”) e um parágrafo (único, que estabelece que “a autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração”).

Como se vê, o legislador brasileiro, contrariando a tendência que vem se firmando nas legislações da maioria dos países democráticos, não fixou critérios básicos para o emprego do recurso a “infiltração”, quer no sentido de limitar sua utilização (via de enumeração taxativa das hipóteses em que é permitida, fixação do tempo de duração da ação dos

¹⁰ Embora não haja consenso doutrinário sobre o tema (cf. a respeito ZACHARIAS TORON, Alberto, no Prefácio a obra “*Crime Organizado*”, de FLÁVIO GOMES, Luiz e CERVINI, Raúl, Ed. RT, 2.ª ed., 1997, p. 10; v., tb., FLÁVIO GOMES, L., op. cit., p. 75-82 e CERVINI, R., idem, p. 240), se tem recorrido com frequência a enumeração de características desse fenômeno feita pelo sociólogo GUARACY MINGARDI com respeito ao “Crime Organizado Tradicional”, a saber: “Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades baseiam-se no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado...”. Definição mais complexa encontra-se na obra clássica de MARY MC INTOSH, *The organisation of crime*, British Sociological Association, 1975.

¹¹ O legislador brasileiro não instituiu qualquer parâmetro limitador do alcance da expressões contidas no novo artigo 1.º da Lei 9.034, ao contrário do legislador espanhol, que com a Ley Orgánica n.º 5/1999, de 13 de janeiro, definiu claramente a “delinqüência organizada” (“a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham como fim o cometimento de algum ou alguns dos delitos que contra o patrimônio, a ordem socio-econômica, os direitos dos trabalhadores, a saúde pública, o patrimônio histórico, o tráfico de espécies da flora ou da fauna ameaçadas, o seqüestro, a prostituição, a falsificação de moeda, o tráfico e depósito de armas, munições ou explosivos e o terrorismo” –a enumeração, contida no apartado 4.º do artigo 282. bis da “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, é minuciosa e alude aos artigos do Código Penal espanhol que correspondem aos delitos mencionados).

infiltrados e, ainda, a expressa menção aos critérios da proporcionalidade/necessidade que devem norteá-la), quer no sentido de viabilizá-la na prática (com a criação de mecanismos de proteção aos agentes -como o direito de uso prolongado ou permanente da identidade falsa atribuída durante a operação de infiltração, o de retirar-se para ocupar funções diversas, temporária ou permanentemente, em caso de risco pessoal ou aos familiares, o de engajamento exclusivamente por voluntariedade, o de obtenção de outras vantagens funcionais etc.- e, especialmente, da introdução de causa de justificação especial ou escusa absolutória, para os casos em que se vislumbra com anterioridade a hipótese de que o agente se veja obrigado ao cometimento de determinadas infrações¹²).

Cabe ainda ressaltar, que mesmo fazendo-o através de texto mais discreto do que o contido no projeto original, o legislador não perdeu a oportunidade de reservar aos “agentes de inteligência” a mesma prerrogativa de infiltração instituída a favor dos “agentes de polícia”, algo que, aparentemente, justifica a ausência de limitação tipológica da ação de infiltração, posto que não se concebe como atividade típica de “órgãos de inteligência” o combate às atividades de organizações criminosas¹³.

A esse respeito, ainda que se possa conceber como necessária a permissão de infiltração a agentes estrangeiros (justamente porque a origem dessa técnica de investigação está no alastramento da criminalidade transnacional, que envolve indivíduos de distintas nacionalidades e idiomas), como reclamado pela polícia espanhola quando da edição da *Ley Orgánica* n. 5/1999¹⁴, não vemos como o

¹² O projeto de lei 3.275/2000, do qual derivou a Lei 10.217/2001, contemplava em um parágrafo a proibição de “qualquer co-participação delituosa, ressalvado o disposto no art. 288 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), ou em qualquer tipo análogo, ou da mesma espécie, de cuja ação fica excluída a antijuridicidade”.

¹³ Tal intenção está bem evidenciada pelo fato de que o projeto original empregava a fórmula “Em qualquer fase de persecução criminal, ou **para a garantia da segurança e estabilidade institucional**”, bem como aludia a “tarefas de investigação ou de **segurança institucional**” (...).

¹⁴ Na ocasião, argumentou-se que a atividade de infiltração só poderia atingir resultados concretos, especialmente nos casos de tráfico internacional de entorpecentes no bloco de países que formam a União Européia, se as operações de infiltração pudessem contar com policiais dos distintos países afetados.

emprego de “agentes infiltrados” pelos órgãos de inteligência possa coadunar-se com os critérios de necessidade e proporcionalidade que devem nortear o emprego de tal instituto.

A nosso ver, houve má elaboração do texto, posto que a atuação de agentes de “inteligência” se ajusta mais às intervenções ao direito de intimidade permitidas pelo inciso IV do art. 2.º da Lei 9.034 (redação dada pela Lei 10.217), menos invasivas dos direitos fundamentais, que de qualquer modo somente se dariam mediante “circunstanciada autorização judicial” e desde que presente o requisito inafastável da existência de investigação formal em curso (“em qualquer fase da persecução criminal...”).

Aliás, aí reside um dos únicos aspectos da questão que o legislador tratou de modo satisfatório. É que no Estado Democrático de Direito, o exercício do poder político se subordina aos limites impostos pelos direitos individuais consagrados na Constituição e nos pactos de proteção aos quais tenha aderido¹⁵. Assim, não se concebe a violação de direitos fundamentais sem a existência de motivo jurídico razoável. Isto significa que não basta a autorização legal para excepcionar tais direitos: a razão expressada na lei só há de ser considerada legítima se compatível com os postulados norteadores dos princípios democráticos interna e externamente reconhecidos.

Disso resulta que a lei não pode permitir a invasão da privacidade dos cidadãos sem que haja fundada suspeita de prática de infração penal, que tenha gerado a instauração prévia de procedimento investigatório formal. A vigilância e controle das atividades dos cidadãos de forma prospectiva, sem outra razão que não a de obter informações sobre sua vida privada, para eventual descobrimento de fatos relevantes ou não, é absolutamente inadmissível na vigência do Estado de Direito, não encontrando assento nas vagas justificações de “razões de Estado”, “segurança interna” etc.

¹⁵ Com o advento da “Nova República”, o Brasil ratificou todos os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, entre eles o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, em 24 de janeiro de 1992 e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro do mesmo ano.

Assim, é de duvidosa constitucionalidade a permissão contida na 10.217 de atuação de “agentes de inteligência” (aludindo a agentes de serviços de informação) como “infiltrados”, na medida em que a tais agentes não são em regra cometidas funções de polícia judiciária e, desse modo, não estão legitimados a coletar provas voltadas a futura utilização em processo penal, única causa legítima capaz de fundamentar as violações à intimidade e outros direitos fundamentais que implica a atividade de infiltração.

Porém, se considerada a inserção dos requisitos legais da **autorização judicial** e da **existência de investigação formal em curso**, se pode afirmar que não haverá incompatibilidade constitucional na atuação de “agentes de inteligência”, sempre que suas funções investigatórias estiverem previstas em lei, a qual tenha instituído procedimento para a formalização do respectivo conteúdo. O resultado de investigações que tais poderá, então, ser legitimamente aproveitado pelos órgãos de polícia judiciária.

CARACTERÍSTICAS DA “INFILTRAÇÃO”.

Convém observar desde o princípio que esse instituto processual (inspirado no “*undercover*” norte-americano¹⁶) está se expandindo rapidamente nos últimos anos, tendo sido introduzido com recentidade nas legislações da Alemanha, França, Argentina, México, Chile e Espanha¹⁷.

¹⁶ O exemplo paradigmático de *AI* é o agente Joseph D. Pistone, do FBI norte-americano, que com o nome de “Donnie Brasco” imiscuiu-se na “Familia Bonanno”, da máfia de New York, há mais de uma década. Existe uma película homónima que narra esse episódio policial (produção: Baltimore Pictures/Mark Johnson; direção: Mike Newell, USA, 1997).

¹⁷ Na Alemanha, o *Verdeckter Ermittler* foi instituído por lei de 15.07.1992, que cuidou do combate ao tráfico de drogas e outras formas de criminalidade organizada. Na Argentina, pela *Ley 24.424 de 7.12.1994*, que alterou a *Ley 23.737 (Ley de Estupefacientes)*. Na França, o *enquêteur clandestin*, está previsto no *Code de Procédure Pénale*, art. 706-32, al. 2. No México, o *agente encubierto* está contemplado no 11 de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO)*, de 7.11.1996. No Chile, o agente encubierto foi instituído pela *Ley 19366, de 30.01.1995*, que regula o tráfico de estupefacientes. Na Espanha, o *agente encubierto* foi introduzido pela *Ley Orgánica n.º 5, de 03.01.1999*, que alterou o artigo 282 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Na Itália, na legislação “de emergência”, editada a partir de meados da década de 70 para o combate ao terrorismo e ao crime organizado.

Trata-se, em síntese, de atribuir a agentes policiais a tarefa de inserir-se no seio de organizações criminosas, fazendo-se passar por membros da organização, com o propósito de facilitar a responsabilização criminal dos respectivos componentes. Difere o *AI* do *agente provocador*¹⁸ na medida em este age de forma positiva, gerando o delito mediante a provocação de vontade delitiva antes inexistente, enquanto o *infiltrado* atua de modo passivo (ainda que, naturalmente, possa atuar como provocador), presenciando o desenrolar das atividades criminosas de um grupo organizado com o fim de obter informações, coletar provas e, de forma mediata, prevenir a prática de delitos.

Basicamente, o emprego da “infiltração” esbarra em problemas de três ordens distintas: ética, jurídica e operacional.

Problemas éticos. Costuma-se indagar sobre se estaria ou não conforme com os postulados básicos de um Estado de Direito a atuação de agente policiais ao lado de criminosos, com permissão para praticar condutas que configuram os mesmos delitos que incumbe ao próprio Estado reprimir¹⁹.

A nosso ver, contudo, a questão ética se resolve nos postulados filosóficos elaborados por Rosseau, Montesquieu, Madison e Hamilton, que inspiraram a formação dos Estados contemporâneos. A soberania estatal, como a representação dos poderes outorgados pelos cidadãos ao Estado para a promoção do bem comum²⁰, comporta a opção de atribuir ao Estado maior ou menor rigidez no controle das perturbações sociais, desde que os contornos dessa atuação sejam fixados estejam bem limitados pela lei²¹.

¹⁸ V. MUÑOZ SÁNCHEZ, J. J., *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 133 e 141.

¹⁹ Ao discorrer sobre o tema, RAÚL CERVINI observa que “a novidade que introduz este procedimento é que o Estado decide participar na produção do delito com a finalidade de impedi-lo” (op. cit., pág. 321).

²⁰ Para ROSSEAU, J. J., *El contrato social (tradução do original: Du Contrat Social, 1762, por Maria José Villaverde)*, Ed. Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 1995, pág. 56, o govêrno é “*um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano para sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política*”.

²¹ A respeito, v. o artigo de nossa autoria “*A Reforma Processual e o Direito Comparado*”, publicado no Boletim/IBCCrim, Ano 8, n.º 92, Julho de 2000.

Todos os Estados Democráticos de Direito contemplam a viabilização da Justiça Criminal como causa legítima para justificar a vulneração de direitos fundamentais. O que caracteriza o Estado de Direito é o submetimento dessa possibilidade a um critério de excepcionalidade extrema, bem assim de máximo controle quanto a sua execução. Assim, ainda que a Constituição Federal não excepcione expressamente o respeito ao direito à intimidade, como faz, por exemplo, em relação a inviolabilidade do domicílio e o segredo das comunicações (artigo 5.º, incisos X, XI e XII)²², tal pode se dar desde que tal alternativa se apresente como necessária, esteja prevista em lei e se leve a cabo mediante resolução judicial motivada, cuja execução deve atender ao critério da proporcionalidade. Com efeito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), interpretando o artigo 8.º do Convênio Europeu de Direitos Humanos, de 1950²³, vem afirmando que a ingerência do Estado na vida privada dos cidadãos só pode se justificar quando concorram três requisitos: 1) que tal ingerência esteja prevista em lei (legalidade); 2) que a finalidade da intervenção seja legítima (como, por exemplo, o combate à criminalidade organizada); e 3) que em uma sociedade democrática seja considerada como a alternativa necessária para o atingimento de tal finalidade, segundo uma relação entre os custos (jurídicos) e os benefícios (para os direitos e liberdades das pessoas afetadas pelo crime) postos em conflito²⁴.

²² V. FLÁVIO GOMES, L., "O sistema interamericano de Proteção dos Direitos Humanos...", op. cit., pág. 288. Em idêntico sentido, referindo-se a Constituição e ordenamento jurídico infra-constitucional espanhol, BARJA DE QUIROGA, Jacobo López, *Instituciones de derecho procesal penal*, Ed. Akal/lure, Madrid, 1999, pp. 321-322.

²³ "Art. 8.º 1. Toda pessoa tem direito a que seja respeitada sua vida privada e familiar, seu domicilio e sua correspondência. 2. Não poderá haver ingerência da autoridade pública no exercício desses direitos, senão nos casos em que esta ingerência esteja prevista em lei e, em uma sociedade democrática, seja considerada necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral ou a proteção dos direitos e liberdades dos demais."

²⁴ Cf. MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, *El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Volume dedicado a jurisprudência do TEDH, editado pelo Conselho Geral do Poder Judiciário Espanhol, Madri, 1993, págs. 322 e segs. (v. as sentenças lá citadas, em especial a de 7.12.1976, do "caso Silver"). V., tb., BARJA DE QUIROGA, Jacobo López, "Instituciones de derecho procesal penal...", op. cit., p. 355, e LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1991, pp. 36 –40. No Brasil, v. FLÁVIO GOMES, L., *O sistema interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro* (divs. Autores), pp. 279-290.

Desse modo, temos que os incisos IV e V do art. 2.º da Lei 9.034/95 (nova redação), não ferem os postulados fundamentais do Estado de Direito. Isto não significa, porém, que a aplicação desses dispositivos sem a estrita observância do controle judicial e do princípio de proporcionalidade (isto é, da necessidade da medida, aferida pela certeza de que não se possa atingir o mesmo fim com emprego de métodos menos agressivos, e da intensidade, revelada pelo seu alcance material e temporal) possa produzir efeitos jurídicos desfavoráveis relativamente aos destinatários das investigações, ou exclua a responsabilidade civil (do Estado) e criminal (dos agentes incumbidos de sua execução, se caso) pelos ilícitos configurados.

Problemas jurídicos. Do ponto de vista jurídico, são várias e complexas as questões relativamente ao *AI* que afloram das diversas legislações que o contemplam. Sem embargo, para uma rápida abordagem podemos destacar as seguintes: 1) Quem é a autoridade pública a quem se deve delegar o poder de autorizar o seu emprego, assim como exercitar o controle de execução das atividades correspondentes?; 2) Quais são as pessoas que podem atuar como *AI*?; 3) Quais são os limites e conseqüências dessa atuação?; 4) Qual o valor da prova obtida através dessa técnica?; e 5) Como e por qual período deve o Estado proteger o *AI* após a operação de infiltração?

1. Autoridade competente. No que respeita a primeira questão, se vem entendendo que a autoridade que deva examinar se estão presentes os pressupostos do emprego de um *AI* deve ser alheia aos quadros policiais. A independência e superioridade hierárquica em relação à Polícia permitiria a melhor averiguação da existência de indícios prévios da prática de crimes de especial gravidade (preferencialmente fixados em lei –critério da objetividade), a não existência de outros meios que possam levar ao mesmo resultado (critério da necessidade) e a boa correlação entre a perspectiva de resultado das ações que deve levar a cabo o *agente* num dado quadro fático e o objeto da investigação.

Nos países em que a investigação é impulsionada primordialmente por uma autoridade judicial, como na Espanha ou Argentina, optou-se

por conceder a essa autoridade o poder de dispor desse meio investigante. No caso espanhol, a *Ley Orgánica* 5/1999 dispõe que, nos casos de urgência, também o Promotor de Justiça pode autorizar a Polícia a intervir em um organização criminosa por meio de um agente “encubierto”, ficando em qualquer caso obrigado a comunicar o juiz imediatamente após. No caso da Argentina, a Lei 24.424/1995 (artigo 6.º, que introduziu o artigo 31.*bis* na Lei 23.737), esse poder é atribuído exclusivamente ao juiz. Nos países da *Common Law*, ou naqueles em que o Ministério Público é a autoridade responsável pela investigação prévia do delito (Itália, Alemanha e França), em geral se concede ao membro do “*Parquet*” o poder exclusivo ou concorrente de autorizar e controlar a atuação do “undercover”²⁵.

A lei brasileira atribui ao juiz o poder de autorizar a “infiltração”. A resolução pela qual se outorgará a autorização deverá ser “circunstanciada”, o que significa que deverá fixar o objeto e conteúdo da atividade do AI, que naturalmente poderão ser ampliados ou restringidos de acordo com a necessidade advinda da produção dos resultados. Tal resolução deverá fazer referência aos instrumentos de proteção cabíveis (identidade e domicílio falsos, indicação da[s] pessoa[s] que servirá como intermediário para a manutenção de contatos –normalmente o superior hierárquico do policial infiltrado-, descrição dos meios a serem empregados –veículos, armas etc.- e, principalmente, dos direitos fundamentais que poderão ser violados no curso das investigações, com a gravação de imagens ou conversações, “grampos” telefônicos, violação de correspondência etc.²⁶), bem como fixar prazo inicial de duração da medida.

À falta de indicação na lei, o controle da operação poderá ser feito por informes verbais periódicos ao juiz, que observará o que for pertinente

²⁵ Observamos que o Panamá, com a recente lei n.º 13, de 27.07.1994 (*La nueva Ley de Drogas*), concedeu ao Ministério a prerrogativa exclusiva de “realizar operaciones encubiertas...”, depreendendo-se do termo “realizar” os poderes de determinar, dirigir e delegar aos agentes de polícia os atos de execução.

²⁶ Sob pena de, à falta de prévia e expressa autorização judicial, não poderem ser admitidas como lícitas em processo penal as provas assim obtidas.

nos autos da resolução, cientificando o órgão do Ministério Público com atribuição para oficiar, que ficará igualmente responsável pelo sigilo das informações²⁷.

Do grau de precisão dos dados registrados nesse documento sigiloso certamente dependerá a justa apreciação jurídica do resultado da infiltração, tanto no que pertine ao valor das provas obtidas como no tocante a valoração das condutas típicas que o agente venha a praticar.

2. Qualidade do agente. Com relação a segunda questão, a lei brasileira é clara no sentido de que somente os membros dos organismos policiais (e de inteligência) podem atuar como *agentes infiltrados*, descartando-se, portanto, a cooperação de particulares. Como organismos policiais, à falta de motivo razoável para excluir qualquer dentre eles, deve-se entender toda aquela legitimidade para atuar como “Polícia Judiciária” (artigo 144, incisos I e IV, da CF), sem prejuízo do que já afirmamos relativamente aos “agentes de inteligência”.

Durante os debates parlamentares que antecederam a lei argentina 24.424, foi bastante discutida essa questão, uma vez que a fórmula adotada no texto que viria a ser aprovado fazia menção exclusiva às “fuerzas de seguridad”, excluindo, em principio, as “fuerzas policiales” (Polícia Federal e Polícias Provinciais) e os agentes da “Administración Aduanera”. Segundo ENRIQUE EDWARDS²⁸, contudo, “*isso não é óbice, desde uma interpretação coerente e sistemática, para que também possam ser agentes infiltrados os integrantes das forças policiais e, inclusive, de um organismo administrativo como a alfândega*”.

²⁷ Não tendo a lei brasileira estabelecido causa especial de exclusão da responsabilidade penal a favor do agente relativamente a qualquer delito que possa vir a praticar durante o período de infiltração, é natural que o órgão do Ministério Público, como titular da ação penal, deva ser cientificado do andamento da operação, inclusive para o fim de representar à autoridade que expediu a resolução para o fim de interrompê-la, se caso. A omissão da lei, como é natural, não afasta a incidência das causas genéricas de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade, especialmente o estado de necessidade, a coação moral irresistível e a inexistência de conduta diversa.

²⁸ ENRIQUE EDWARDS, Carlos, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 1996, pág. 64.

Na Espanha, cuja lei também não admite a participação de particulares, como já afirmamos, logo após o advento da *Ley Orgánica* 5/99 os organismos policiais passaram a clamar por sua alteração para que fosse permitida a atuação de *agentes infiltrados* oriundos de forças policiais estrangeiras, sob o argumento de que sua utilidade se faz patente justamente nas investigações afetas às ações criminais de caráter transnacional²⁹.

3. Conseqüências. Questão ainda mais complexa é a que se refere aos limites e conseqüências da atuação desses agentes especiais.

A experiência revela que são comuns as provas de confiança³⁰ para o ingresso em uma organização criminosa, em geral consistentes na exigência de cometimento de um delito, como “ritual de iniciação” e demonstração de lealdade para com os respectivos líderes³¹. Por outro lado, durante o período de *infiltração*, o agente poderá vir a cometer ações ilícitas na qualidade de falso membro do grupo. Surgem daí algumas hipóteses: a) o agente pratica infrações relacionadas com o objeto da investigação, isto é, aquelas que caracterizam a quadrilha infiltrada (por ex., venda de entorpecente, em uma quadrilha de traficantes); b) o agente pratica infração como condição para ser aceito no grupo organizado (por exemplo, um delito contra a integridade física ou o patrimônio de um traficante rival); c) o agente se excede na prática dessas infrações; e, d) o agente pratica infrações em seu próprio proveito.

Ressalvada a última hipótese, que não justifica qualquer benesse ao agente, as demais podem encontrar no Direito comparado resposta favorável, com variações.

²⁹ Refletindo esses reclamos, o Presidente de Governo da Espanha, José María Aznar, e o Primeiro-Ministro Alemão, Gerhard Schröder, após reunião mantida no dia 4 de dezembro de 1999, declararam formalmente que “Espanha e Alemanha empreenderão máximo esforço no sentido de permitir que os agentes infiltrados possam operar por toda União Européia” (Fonte: diário EL PAÍS, edição de 5.12.1999, pág. 23).

³⁰ As “provas de castidade” a que se refere Rainer Pfaff, Promotor Criminal Alemão, citado por ENRIQUE EDWARDS, op. cit., pág. 86.

³¹ FLÁVIO GOMES, Luiz, “*Crime Organizado - enfoque criminológico jurídico -lei 9.034/95- e político-criminal*”, Ed. RT, 2.ª Ed., São Paulo, Brasil, 1997, pág. 114, afirma que “Os grupos organizados, principalmente, não admitem infiltração sem o cometimento de crime”.

Do ponto de vista fático parece inegável que a atuação do AI está cercada de gravíssimos riscos a sua integridade física como a de seus familiares. Daí resulta a preocupação dos legisladores em fixar o requisito da voluntariedade para os membros dos organismos policiais que devam atuar “encobertos”, bem como reservar-lhes mecanismos de proteção semelhantes aos idealizados para os peritos e testemunhas.

Todavia, apesar de que as legislações que concebem o AI invariavelmente contenham normas que prevêm a exclusão de responsabilidade pelos delitos praticados como consequência necessária da missão encomendada, na doutrina não há resposta incontroversa para essas questões. Desde opiniões incisivamente contrárias a exclusão da responsabilidade penal em qualquer caso³², encontram-se outras, como a predominante nos EUA³³, de que a exclusão de responsabilidade apenas não deve aplicar-se aos delitos contra a vida, de violação e os praticados pelo agente em seu próprio benefício, e na França³⁴, onde se apregoa a limitação da exclusão da responsabilidade às infrações menores.

A maior dificuldade, porém, é que não está ainda bem clara a posição que deve ocupar essa causa de exclusão na estrutura da teoria do delito ou, no dizer de ENRIQUE EDWARDS³⁵, “*se se trata da face negativa de algum elemento do conceito de delito ou se estamos ante uma eximente penal*”. Basicamente há duas soluções: 1) considerar-se como uma escusa absolutória, que implicaria no pleno reconhecimento da existência do crime, sem a correspondente aplicação de pena por motivo de política criminal; tratando-se de causa de isenção de pena de carácter subjetivo, não aproveitaria aos eventuais co-autores e partícipes

³² No Brasil, FLÁVIO GOMES, Luiz, op. cit., idem. No mesmo sentido, Rainer Pfaff, Promotor de Justiça Alemão, citado por ENRIQUE EDWARDS, op. cit., pág. 86.

³³ E comentada pelos Agentes da Drug Enforcement Agency-DEA, Joe López y Ernesto Batista (citados por ENRIQUE EDWARDS, op. cit., pág. 85), durante o “Congresso de Compatibilização de Leis de Luta contra a Narcocriminalidade”, realizado em Buenos Aires, de 2 a 4 de agosto de 1993.

³⁴ ENRIQUE EDWARDS, op. cit., pág. 86.

³⁵ ENRIQUE EDWARDS, op. cit., pág. 86.

membros da organização criminosa; 2) considerar-se como uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, caracterizadas pelo “estrito cumprimento do dever legal”, o “exercício regular de um direito” ou a “obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal”; aqui, o caráter objetivo das causas implicaria da irresponsabilidade dos co-delinquentes.

No caso argentino optou-se pela “escusa absolutória”, expressada no art. 31.ter da Lei 23.737 (introduzido pelo art. 7.º da Lei 24.424) com o seguinte texto: *“Não será punível o agente infiltrado que como consequência necessária ao cumprimento da atividade que lhe for incumbida ver-se compelido a praticar um delito, sempre que tal delito não implique em colocar sob grave risco a vida ou integridade física de uma pessoa ou a imposição de grave sofrimento físico ou moral a outrem”*³⁶.

No que se refere ao alcance dessa escusa absolutória, pondera a doutrina argentina³⁷ que, encontrando-se o agente em situação na qual se veja compelido a praticar delito excepcionado pela norma acima, ainda assim poderá valer-se das excludentes clássicas previstas na parte geral do Código Penal (estado de necessidade, coação moral irresistível...).

A já mencionada lei espanhola não se posicionou claramente por uma ou outra solução, levando a doutrina a afirmar que as ações delitivas perpetradas pelo agente estariam acobertadas por “causa de justificación” (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA) ou por “causa de justificación” ou “escusa absolutória” (PAZ RUBIO), dependendo da situação concreta.

O caso espanhol, aliás, é um bom exemplo da complexidade jurídica das questões relacionadas ao controle da atuação do AI. Diz a lei processual espanhola (apartado 5 do art. 282.bis) que *“o agente infiltrado estará isento de responsabilidade penal por aquelas condutas que sejam consequência necessária do cumprimento da atividade de investigação,*

³⁶ Nos EUA, por exemplo, não se admite a exclusão da responsabilidade para a prática de delitos contra a vida ou de violação sexual, bem como para qualquer delito praticado em proveito próprio do agente (cf. ENRIQUE EDWARDS, op. cit., pág. 90).

³⁷ ENRIQUE EDWARDS, op. cit., pág. 91.

sempre que guardem a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma e no constituam provocação ao delito"; e, relativamente as condutas que *"possam afetar direitos fundamentais"* (apartado 3 do artigo 282.bis), que deverá o agente solicitar *"do órgão competente as autorizações que, sobre a matéria, estabeleçam a Constituição e a lei, assim como cumprir as demais provisões legais aplicáveis"*.

Em um intento de interpretar tais dispositivos, BARJA DE QUIROGA³⁸ afirma que "a proporcionalidade se averiguará levando em conta a atuação do agente infiltrado e a finalidade da investigação". Esse autor formula o seguinte exemplo: "se um agente mata pelas costas um seqüestrador (da organização criminosa na qual estava infiltrado) para liberar sete reféns, não haverá que examinar se tal morte foi provocada justificadamente (em legítima defesa), mas sim se é uma conduta proporcional (em relação a atuação de um agente infiltrado) matar um seqüestrador para salvar sete reféns que se encontravam sob grave ameaça de morte (finalidade da investigação)." Segue, então, o autor, afirmando que na hipótese de que esse agente tivesse praticado outras violações de direitos (tais como escutas telefônicas, invasões de domicílios etc.) sem a correspondente ordem judicial, todas circunscritas no âmbito da investigação pretendida, somente nesse caso se poderia falar em conduta "proporcional" com sua finalidade, como prevê o apartado 5 do art. 282.bis. Porém, no caso da morte do seqüestrador na ação voltada a liberar os reféns, "este último extremo deverá ser examinado conforme as normas do Código Penal"³⁹.

Vê-se a partir dessas elucubrações como é grande a insegurança jurídica para o policial infiltrado. As óbvias dificuldades impostas pela dissimulação sugerem que nem sempre será possível obter prévia autorização judicial para agir, ademais de que a consideração da

³⁸ BARJA DE QUIROGA, J. L., op. cit., p. 171.

³⁹ A partir daí, o autor avança para uma reflexão em torno de "determinar se a finalidade de uma investigação em um caso de seqüestro envolve unicamente a averiguação do lugar de detenção dos reféns ou se também alcança o propósito de evitar a continuação da situação antijurídica gerada pelo seqüestrador. É possível manter que averiguar fatos é próprio de uma investigação, enquanto que atuar para evitar a situação antijurídica já não é **investigação**, mas sim uma **intervenção**" (BARJA DE QUIROGA, J. L., idem, ibidem).

“proporcionalidade” das condutas praticadas no cumprimento de uma missão, de que dependerá a incidência de uma “causa de justificación” ou “escusa absolutoria”, estará reservada –como no caso espanhol- à apreciação subjetiva do magistrado⁴⁰.

De qualquer modo, o Tribunal Constitucional da Espanha, com a sentença n.º 49/96, de 26 de março (fundamento jurídico 3.º), estabeleceu com anterioridade à própria regulação do instituto o critério a ser observado para a inserção da atividade do *AI* nos limites impostos pela constituição, ao afirmar que “*el control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental dentro de los límites constitucionales*”⁴¹.

Ainda com relação às conseqüências da atividade do *infiltrado*, surge como dificuldade adicional a necessidade de estabelecimento de um mecanismo que permita dar solução adequada ao inquérito ou processo instaurado contra agente que tenha sido surpreendido praticando conduta típica que se considere conseqüência inevitável da tarefa encomendada. Afóra a necessidade de existência de uma “senha” capaz de viabilizar a comunicação à autoridade à qual está subordinado pela autoridade processante, seria necessária a criação de norma de exceção de competência ou a fixação da obrigação desta última autoridade de solicitar

⁴⁰ Essa situação, aliás, despertou na doutrina a impressão de que a Polícia espanhola seguirá usando *agentes infiltrados* de modo oficioso, para posterior apresentação das provas conseguidas como se houvessem sido obtidas por outros meios de investigação (v. DELGADO MARTÍN, J., *El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto*, Revista Actualidad Penal, Ed. La Ley, 2000). A nosso ver, a fixação de um sistema tão rígido de controle da atuação do *AI* aparentemente derivou da quiçá invencível contraposição desta figura com o ordenamento constitucional vigente naquele país. A expressa afirmação do legislador espanhol (“Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero”), de que “*la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales...*”, talvez se possa explicar como uma tentativa mal sucedida de mascarar as violações de direitos que são inerentes a essa técnica de investigação e que, a rigor, somente poderiam ser concebidas ante expressa e restrita permissão constitucional.

⁴¹ DELGADO MARTÍN, op. cit., item 3.1., destaca como “efeito perverso” do *AI*, a “continua ingerência do Estado na vida privada do cidadão”, já que tais agentes teriam acesso a vida privada de diversos cidadãos, sem seu conhecimento e consentimento, obtendo dados próprios de sua vida íntima, dos quais muitos seriam alheios ao objeto da investigação.

informações daquela autoridade, para conhecimento dos motivos e limites relacionados à operação de infiltração e conseqüente aplicação da excludente ou escusa cabível.

No caso brasileiro, apesar de não existir permissão legal para a prática de delitos pelo agente infiltrado, sempre que ocorresse tal situação o juiz competente para expedir a resolução pela qual tivesse iniciado a ação, de ofício ou mediante provocação das outras autoridades que tivessem interferido na operação (o superior hierárquico do agente ou o órgão do Ministério Público), encaminharia à autoridade judicante a ata correspondente, para julgamento conforme sua convicção.

4. Valor das provas. Prosseguindo, há que observar a existência de controvérsia também sobre o valor que deva ser atribuído às provas obtidas por meio da atividade de infiltração. O aspecto mais relevante é o que respeita aos reflexos que essa atividade pode produzir sobre o princípio da “ampla defesa”, integrado pelas garantias instrumentais estabelecidas na Constituição Federal e consistentes no dever ser o acusado informado do conteúdo da acusação e da identidade dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório policial, no direito à defesa técnica e no direito ao contraditório (“igualdade de armas”).

Nos Estados Unidos e Alemanha já se argumentou sobre a impossibilidade de aproveitamento das declarações feitas a um *AI* por um criminoso, pois que tal se equipararia a um “interrogatório”, caracterizando a ofensa ao direito do acusado de ser previamente advertido de seus direitos antes desse ato processual. A Suprema Corte dos EUA decidiu⁴², contudo, que a prévia informação ao suspeito quanto a seus direitos somente é exigível dentro de uma “police-dominated atmosphere”, ou seja, quando este se encontra submetido a uma atmosfera de coerção derivada de sua detenção ou da privação de sua liberdade de ação de modo significativo (como ocorre em uma “custodial interrogation”).

⁴² Cf. FABRICIO GUARIGLIA, *El agente encubierto, un nuevo protagonista del procedimiento penal*, Jueces para la Democracia, n.º 23, 3/1994, pág. 55.

E, da mesma forma, o Tribunal Supremo da Alemanha⁴³ decidiu pelo total aproveitamento das informações adquiridas pelo *AI*, por entender que a natureza de sua atividade (evidentemente secreta, para asseguramento do êxito da investigação e proteção do agente...) o libera do dever de advertir o interlocutor.

Porém, permanece a discussão sobre a validade das informações obtidas pelo *agente* mediante manobras capciosas de conversação, na medida em que alguns autores entendem que se equiparam à provocação ao delito⁴⁴.

No que se refere às provas obtidas pelo *agente* por meio de mecanismos de gravação audiovisuais, em geral entende-se que deverão ser aceitas sempre que as gravações foram executadas com observância dos ditames legais correspondentes a tais espécies de violação do direito à intimidade; *contrario sensu*, as gravações que excedam o objeto da investigação ou se realizem fora do âmbito permitido pela legislação, deverão ser consideradas imprestáveis por constituir violação de um direito fundamental.

Outro aspecto relacionado a prova é o que se refere a ocultação da identidade do *AI*. Fácil é de ver que a revelação da identidade nesses casos implicaria na cessação da atividade do agente, bem como na criação ou aumento do risco à sua segurança pessoal e de sua família. Aliás, não é outro o motivo que levou o legislador argentino a tutelar de forma especial a identidade do *AI* com a criação de tipos penais voltados a punir quem, dolosa ou culposamente, revela sua real ou nova identidade (artigo 31.º *sexies*, parágrafos 1.º e 2.º, da Lei 23.737, introduzidos pela Lei 24.424).

Ocorre que, como é natural, a existência de testemunhas secretas implica em algum cerceamento do exercício do direito de defesa, pois que essa ocultação subtrai do acusado a possibilidade de conhecer

⁴³ Com a decisão proferida em 21.7.1994, cf. FABRICIO GUARIGLIA, *idem*, pág. 54, nota 54.

⁴⁴ Nesse sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. Akal/iure, Los Berrocales del Jarama, 1989, págs. 208-209.

fatos relevantes relacionados às provas que deve contrastar. Esse cerceamento, porém, não é absoluto, e reveste-se de menor gravidade nos casos em que o agente comparece em juízo e, com a adoção de medidas para ocultação de sua identidade (com utilização de venda ou sua colocação na sala de audiências em local não visível...), fica sujeito às reperguntas da defesa⁴⁵. Por tal razão, argumenta-se na Espanha que “*deve ser considerada legítima e constitucionalmente adequada a restrição do direito de defesa do imputado derivado da aplicação do artigo 282.bis.2 LECr*”⁴⁶, isto é, da aplicação da norma processual que permite a manutenção do sigilo da identidade do AI.

5. Proteção do agente. Uma última questão jurídica merecedora de destaque é a que se refere ao período durante o qual deve o Estado proteger o AI. A experiência norte-americana e italiana revela que em muitos casos a proteção parcial, tanto de agentes como de testemunhas e peritos, não é suficiente para encorajar essas pessoas a colaborar com a Justiça. Quando se trata de organizações bem estruturadas, no seio das quais se manifesta um sentimento especial de “honra” (por “*Onorata Società*” se autodefine a máfia tradicional) que impõe o respeito absoluto a “lei do silêncio” (“*omertà*”), seus transgressores podem ser alcançados com bastante posterioridade⁴⁷.

Por esse motivo, a lei argentina estabelece que o agente (art. 9.º da Lei 23.737) cuja segurança esteja sob risco por haver sido revelada sua identidade real, pode optar pela aposentadoria, qualquer que seja o tempo de servido prestado. Assim se dá também nos EUA⁴⁸. O modelo Espanhol, que nesse particular assemelha-se ao sistema brasileiro de

⁴⁵ O TEDH já se pronunciou no sentido de que uma condenação baseada em provas obtidas por AI que não fora ouvido na fase probatória violava o Convênio Europeu de Direitos Humanos (“Caso Lüdi”, de 15.06.1992).

⁴⁶ DELGADO MARTÍN, op. cit., item 5.2.2.

⁴⁷ Como observa FLÁVIO GOMES, Luiz (“*Crime Organizado...*”, pág. 200, op. cit.), o maior problema relacionado a adoção de programas de proteção é o seu alto custo (nos EUA, por exemplo, um “protegido” custa cerca de cem mil dólares/ano para o Estado - cf. “O Estado de São Paulo”, de 14.05.1995, pág. C6).

⁴⁸ É sabido que o agente Joseph D. Pistone, do FBI (“Donnie Brasco”), vive hoje com um terceiro nome, em lugar desconhecido.

proteção a testemunhas –art. 11 da Lei 9807, de 13 de julho de 1999-, contempla a proteção de *agentes*, testemunhas e peritos como situação provisória, que se extingue com o término do processo, admitindo sua extensão somente em casos excepcionais (Lei Org. 19/1994, de 23 de dezembro, art. 3.º, apartado 2.º), daí derivando, também, as críticas dos que vêem escassas as possibilidades de emprego eficaz desse mecanismo⁴⁹.

Na ausência de qualquer disposição voltada a proteção do agente na lei brasileira, restaria a possibilidade de estabelecimento de alguns mecanismos protetores através de normas de cunho administrativo, especialmente no que se refere a necessidade de afastamento do agente do seu local original de prestação de serviço após a conclusão da operação de infiltração. Sem embargo, dispensada maior reflexão sobre o tema, concluímos pela total insuficiência da recente Lei 10.217 para acudir a tal necessidade, nisso provavelmente consistindo o maior óbice a sua eficácia.

Problemas operacionais. Finalmente, não se pode olvidar que a técnica da infiltração não depende meramente de sua legalização para ganhar relevância no combate à criminalidade organizada. A delinqüência desta espécie caracteriza-se pela boa estruturação organizativa e hierarquização dos seus quadros, que pressupõem dificuldades à penetração de elementos estranhos. Disso deriva a necessidade de especialização policial, que não prescinde de investimento em treinamento e aquisição de meios técnicos sofisticados.

O agente selecionado para enredar-se em uma operação de infiltração deve ser previamente preparado para enfrentar situações típicas do dia a dia de uma organização criminal. Isso significa que deve estar instruído sobre o “jargão” utilizado pelo grupo de criminosos, sobre

⁴⁹ O jornal “Clarín”, de Buenos Aires, na sua edição de 27.05.97, noticiou o caso de um Juiz que deliberou revelar a identidade secreta de um *AI* em um dado processo, gerando conflito entre a Polícia (que recusou-se a apresentá-lo para depor), Ministério Público (que insistiu na toma do depoimento em segredo) e o Poder Judiciário (o juiz que violou o sigilo do agente foi ao final advertido pela instância judiciária superior).

os melhores modos para subtrair-se a situações de risco (como, por exemplo, das “provas de fidelidade”), sobre quais elementos de prova não que ser buscados prioritariamente (inclusive para que possa aferir qual o momento oportuno para afastar-se dos criminosos...), sobre a utilização de meios de comunicação seguros para prestar conta do andamento dos trabalhos (incluindo-se a operação dos aparatos técnicos que lhe sejam postos à disposição) etc.

Por outro lado, o agente deve contar com o apoio de outros agentes incumbidos da preparação técnica e acompanhamento da investigação, aos quais incumbe, por exemplo, a forja de um falso passado que sirva de “passaporte” para a introdução do agente no seio de uma organização criminosa (algo que demanda o fabrico de documentos pessoais, como o de identidade, carteira profissional, contrato de locação etc., e até folha de antecedentes criminais), bem como a disposição ao *agente* de veículos, locais de moradia, dinheiro, enfim, de tudo quanto seja necessário para garantir o sigilo de sua identidade (e, por conseguinte, a sua segurança pessoal e o sucesso da investigação).

Como é sabido, um dos problemas crônicos do aparato repressivo brasileiro é a grave dicotomia existente entre a atividade de coleta das provas na fase inquisitória e o seu exame e aproveitamento pelo Ministério Público para fins de promoção da ação penal.

Duas conseqüências desse distanciamento entre o Ministério Público e a Polícia Civil podem ser facilmente visualizados.

A primeira, de ordem material, diz respeito ao elevado grau de despreparo técnico dos organismos de polícia para atuar eficazmente como produtores de provas voltadas à formação da *opinio delicti*, despreparo esse de ordem pessoal (por falta de treinamento) e instrumental (por falta de aparelhamento dos institutos técnicos, como o IML e o IC). A mais comezinha prova material dactiloscópica (que as Delegacias de Polícia de várias cidades do interior paulista, até o início da década de setenta, estavam aparelhadas para produzir) não

está presente em grande parcela dos crimes violentos⁵⁰, enquanto nos países do chamado Primeiro Mundo essa prova é colhida até mesmo para elucidar crimes de pouca gravidade, sendo já largamente empregados vários sistemas de identificação à base do código do DNA⁵¹.

O Ministério Público, destinatário do inquérito policial e, portanto, o grande interessado no aparelhamento da Polícia Civil, aparentemente não tem contribuído para a melhoria do aparato técnico de colheita de provas criminais. A prova testemunhal continua sendo a base quase exclusiva em que se apoiam os Promotores para demonstrar os fatos que compõem a acusação, desempenhando a tarefa hercúlea de escrever incontáveis páginas de argumentação jurídica naqueles casos em que bastaria uma prova segura da autoria (exame de impressões digitais, resíduos de sangue, fibras de roupas e outros materiais etc.) para viabilizar a solução da causa, com total respeito aos direitos individuais.

A segunda conseqüência, de ordem intelectual, aparece já como a solidificação histórica de métodos e critérios díspares na realização das atividades-fins, que pode ser exemplificada pela busca incessante, pela Polícia Civil, de subordinação jurídica à Magistratura, liberando-se de qualquer ingerência do Ministério Público na atividade investigatória de que é incumbida pela lei.

Exemplo contundente dessa situação pode ser identificado na “Carta de Guarapari”, documento que resultou do X CONGRESSO NACIONAL DE DELEGADOS DE POLÍCIA DE CARREIRA, realizado entre 24 e 29 de outubro de 2000 em Guarapari-ES, na qual “*Os Delegados de Polícia, Civil e Federal, representados pelas entidades de todo o Brasil*” deliberaram “*Implementar as medidas necessárias para influir democraticamente perante a Comissão instituída pelo Ministério da Justiça para elaboração do anteprojeto do novo Código*”

⁵⁰ O jornal “O Estado”, edição de 21 de maio de 2001, noticiou que “a identificação dos criminosos pela impressão digital é a mais baixa do mundo, fazendo uma pesquisa que deveria demorar de dois a três dias ficar pronta em até seis meses”.

⁵¹ A mesma matéria jornalística supra também noticiou que a Polícia Civil de São Paulo inaugurou em março deste ano um “Laboratório de DNA”, que conta com apenas 6 funcionários, quando o mínimo necessário seria 20.

de Processo Penal, objetivando a revisão de temas nele inculpidas, de forma a garantir: ... Instauração e procedimentos isentos de ingerências oriundas de instituições e segmentos... Controle e regulação únicos (dos inquéritos policiais), exclusivamente pelo Poder Judiciário, destinatário natural das investigações criminais”.

Deve parecer ao leitor menos avisado, que a afirmação quanto a ser o Poder Judiciário “*destinatário natural das investigações criminais*” confronta com a moderna teoria geral do processo, as tendências observadas nas mais recentes legislações processuais dos países que compõem o direito romano-germânico e a própria tradição jurídica brasileira (a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal presidida pela Profa. Ada Pellegrini Grinover apresentou em 6.12.2000 anteprojeto que propõe a atribuição “ao Ministério Público, destinatário da investigação policial, funções de supervisão e controle, hoje conferidas ao juiz”...).

Por essa mesma razão, esse pensamento, expressado pelos Delegados de Polícia em data recentíssima, deve ser interpretado como sintoma de que falta algo mais que a inovação legislativa para dar início a solução do impasse em que mergulhou o aparato repressivo brasileiro. Urge que as instituições se apresentem para a discussão de idéias fundamentais e propostas de atuação conjunta (sem prescindir das necessárias reformas legislativas), claro está que os objetivos a elas encomendados pela Constituição Federal não podem ser galgados por métodos isolacionistas⁵².

CONCLUSÃO.

Uma vez feita a devida ponderação dos interesses postos em conflito, de necessidade de melhor aparelhamento estatal para o combate ao crime

⁵² Com o intento exclusivo de impedir que modestíssimas idéias desaparecessem sem registro, recentemente encaminhamos ao Eg. Conselho Superior do Ministério Público relatório (redistribuído aos demais órgãos de cúpula da instituição) contendo projeto de criação de grupo experimental de atuação conjunta do Ministério Público e as Polícias Civil e Militar.

organizado e a intangibilidade dos direitos fundamentais dos cidadãos, acreditamos que a adoção da técnica legislativa do *AI* somente é concebível em um Estado de Direito se o legislador revestir sua regulação de contornos os mais estreitos possíveis, de modo a determinar que a inevitável violação de determinados direitos esteja vinculada a critérios lógicos (necessidade e proporcionalidade), temporais (atuação com prazos máximos de duração) e valorativos (exclusão da responsabilidade penal do agente somente em relação às infrações que correspondem à finalidade da associação criminosa, excluídas em qualquer caso as infrações que atentam contra a vida ou a incolumidade física de outrem).

A lei brasileira, ao tratar de forma excessivamente lacônica de questões tão relevantes como são esses modernos mecanismos de combate ao crime organizado, atende apenas formalmente o clamor da comunidade internacional pela uniformização das leis que afetam a criminalidade globalizada.

Esperemos, pois, que às dificuldades práticas que a insuficiência legislativa certamente descobrirá, corresponda a breve melhoria do texto recém editado, com o que se evitará o efeito não pretendido de atração do mal que se busca repugnar.

Finalmente, cumpre lembrar que a máxima perfeição que pudesse qualificar o instrumento legal comentado tão pouco lhe outorgaria maior chance de sucesso, sem que os poderes públicos canalizassem em prol de sua aplicação a gama de recursos necessários à preparação de pessoal e dotação de meios operacionais demandados, algo que, como é de todos sabido, não tem marcado as políticas públicas de combate à criminalidade.

Luiz Otavio de Oliveira Rocha
Promotor de Justiça em São Paulo e
Doutorando pela Universidade Complutense de Madri

**del ito de bagatel a:
princípios da insignificância
e da irrel evância penal
do fato. Especial enfoque
do del ito de descaminho**

**Luiz fl ÁVIO GOMES,
PROFESSOR DE DIREITO PENAL**

DELITO DE BAGATELA: PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. ESPECIAL ENFOQUE DO DELITO DE DESCAMINHO

Luiz Flávio Gomes

1. Introdução

O **princípio da insignificância** não conta com reconhecimento normativo explícito no nosso Direito (salvo algumas exceções no CPM: art. 209, § 6º, por exemplo - em caso de lesão levíssima, autoriza que o juiz considere o fato como mera infração disciplinar -; art. 240, § 1.º, para o furto insignificante etc.). Mas na jurisprudência, como se sabe, apesar de alguma aporia, ele é amplamente admitido.¹ A **novidade** que está (cada vez mais patente) nessa matéria consiste numa sutil distinção entre o princípio da insignificância e o da **irrelevância penal do fato**,² que a própria jurisprudência está se encarregando de fazer.³

A diferença fundamental entre os dois princípios mencionados é a seguinte: uma linha jurisprudencial (a mais tradicional) reconhece o princípio da insignificância levando em conta (unicamente) o desvalor do resultado, é dizer, é suficiente (para a atipicidade) que o nível da lesão (ao bem jurídico) ou do perigo concreto verificado seja ínfimo. Cuidando, ao contrário, de ataque intolerável, o fato é típico (e punível).

¹ Cfr. REBÊLO, José Henrique Guaracy, Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 29 e ss (especialmente p. 47 e ss.).

² Sobre a distinção cfr. GOMES, Luiz Flávio, Editorial de 18.03.01, in www.direitocriminal.com.br.

³ Muito provavelmente isso se deu, pela primeira vez, no TACRIM-SP, AC 593.875-2, relator HAROLDO LUZ, RT 664, p. 285 e ss.

Uma outra linha jurisprudencial (cada vez mais evidente), para o reconhecimento da infração bagatelar, não se contenta só com o desvalor do resultado e acentua a imprescindibilidade de outras exigências: o fato é penalmente irrelevante quando insignificantes (cumulativamente) são não só o desvalor do resultado, senão também o desvalor da ação bem como o desvalor da culpabilidade do agente (isto é: quando todas as circunstâncias judiciais - culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, conseqüências, circunstâncias etc. - são favoráveis).

Ambos os princípios (da insignificância *tout court* e da irrelevância penal do fato), creio, podem ser englobados numa clássica (sugestiva e expressiva) denominação: *infração bagatelar* (mesmo porque, quanto se fala em infração bagatelar ou delito de bagatela imediatamente conseguimos apreender o espectro do seu conteúdo: é algo insignificante, de ninharia ou, em outras palavras, não se trata de um ataque intolerável ao bem jurídico, que necessite da intervenção penal).

De qualquer maneira, não ocupam, os dois princípios, a mesma posição topográfica dentro do fato punível. O princípio da insignificância é causa de exclusão da **tipicidade** do fato; o princípio da irrelevância penal do fato é causa de **dispensa da pena** (em razão da sua desnecessidade no caso concreto).

Na jurisprudência da nossa Corte Suprema (e limitando-se, neste momento, somente a ela) podemos notar a clara distinção (que vem sendo feita) entre as duas sub-espécies de *infração bagatelar*: em 06.12.88, num caso de lesão corporal culposa (acidente de trânsito), pela primeira vez, com o nome de princípio da insignificância, o STF (RHC 66.869-PR, relator Min. ALDIR PASSARINHO) o reconheceu e levou em conta exclusivamente o desvalor do resultado.⁴

⁴ Cfr. SANGUINÉ, Odone, Observações sobre o princípio da insignificância, *Fascículos de Ciências Penais* ano 3, v. 3, n.º 1, 1990, p. 36; vid. ainda: REBÊLO, José Henrique Guaracy, *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 47; RTJ 129/187 e ss.

Num outro julgado (HC 70.747-RS, relator Min. FRANCISCO REZEK, RTJ 159/199 e ss.) o Colendo STF deixou de acatar o princípio da insignificância, embora o desvalor do resultado fosse mínimo, porque o acusado não reunia condições para isso. O resultado jurídico foi insignificante mas o fato (globalmente considerado) não foi admitido como penalmente irrelevante, porque o réu era reincidente (já condenado antes por desacato e desobediência a policiais).⁵ O entendimento do STF mereceu críticas de LUIZ LUISI.⁶

No primeiro caso foi suficiente o desvalor do resultado (resultado bagatelar); no segundo salientou-se que a lesão era bagatelar mas o autor do fato não era bagatelar. Segundo a perspectiva dessa segunda decisão, só pode ser reconhecido o delito bagatelar quando o resultado, a ação e a culpabilidade (o autor) são bagatelares. Como se vê, há uma grande diferença entre uma coisa e outra, entre um fundamento e outro (do delito bagatelar).

Pergunta-se: para o reconhecimento do delito bagatelar, em suma, devemos levar em conta exclusivamente o desvalor do resultado (princípio da insignificância, com reflexos na tipicidade -no injusto penal-) ou conjunta e cumulativamente todos os desvalores citados (do resultado, da conduta e da culpabilidade)? Quando o promotor vai pedir o arquivamento de um inquérito ou quando o juiz vai rejeitar uma denúncia, fundamenta o delito bagatelar no princípio da insignificância (só desvalor do resultado) ou no princípio da irrelevância penal do fato (todos os desvalores conjuntamente examinados)?

Enquanto o legislador não se definir sobre a questão com clareza (adotando expressamente o princípio da insignificância *tout court* ou princípio da irrelevância penal do fato, ou, ainda, ambos), é bem provável que a jurisprudência continuará oscilando (ora num, ora noutro sentido). E é natural, penso, que assim seja, porque, no fundo, no atual Direito penal, há espaço para os dois princípios. Um ou outro, em cada caso concreto, sem embargo da invocação de outros princípios (p.e.: da

⁵ No mesmo sentido cfr.: TACRIM-SP, AC 593.875-2, relator HAROLDO LUZ, RT 664, p. 285 e ss.

⁶ Cfr. Boletim IBCCrim n.º 63, Jurisprudência, fev./98, p. 227.

intervenção mínima -fragmentariedade e subsidiariedade) pode servir de fundamento para o reconhecimento do delito de bagatela (leia-se: da **atipicidade** ou da **desnecessidade da pena**).

Vejam os: o sujeito que tenha subtraído um palito de fósforo da vítima, ainda que conte com maus antecedentes, seja reincidente e tenha personalidade voltada para a delinquência, não pode ser punido pelo delito de furto porque o fato é claramente **atípico**. Está fora do âmbito de incidência do art. 155 do CP. A norma proibitiva desta figura típica não foi pensada para uma subtração tão insignificante. O inquérito, o processo e a sanção penal, nesse caso, apresentam-se como aberrantes (chocantes). Não se pode usar o Direito penal por causa de uma lesão tão ínfima (leia-se: por causa de um palito de fósforo); de outro lado, quem causa uma lesão corporal leve na vítima, depois de já ter sido responsável e condenado por outros acidentes de trânsito, pode não fazer jus ao reconhecimento da bagatela, isto é, a pena pode ser, no caso, **necessária**. De outro lado, pode também ocorrer o inverso: às vezes o desvalor do resultado não permite a aplicação da insignificância, mas acham-se presentes todos os requisitos da irrelevância penal do fato (agora a pena torna-se desnecessária).

O que acaba de ser explicitado tem total coerência com o fundamento jurídico da **dispensa da pena** (do afastamento da intervenção penal em razão da **irrelevância penal do fato**), que está contemplado no art. 59 do CP.⁷ O juiz, levando em consideração as circunstâncias judiciais aí previstas, fixará a pena conforme seja suficiente e *necessário* para a prevenção e reprovação do delito. Em outras palavras, quando irrelevante é o fato, em virtude da presença de todos os requisitos bagatelares (resultado, conduta e culpabilidade bagatelares) a pena torna-se *desnecessária*. Sua dispensa, nesse caso, não chega a afetar o seu aspecto preventivo geral.

De qualquer maneira, saliente-se que um ou outro princípio permite de plano o arquivamento das investigações: o primeiro (da insignificância) porque o fato é atípico; o segundo (da irrelevância penal

⁷ Cfr. TACRIM-SP, AC 593.875-2, relator HAROLDO LUZ, RT 664, p. 285 e ss. (no acórdão pode-se verificar que o fenômeno da dispensa da pena recebeu a etiqueta de "perdão judicial extralegal").

do fato) porque o fato não é punível (o art. 43, I, do CPP, quando diz que a denúncia ou queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir *crime* deve, hoje, ser interpretado do seguinte modo: quando o fato narrado evidentemente não constituir *fato punível*). A palavra *crime*, no citado dispositivo, não foi empregada em sentido restritivo (fato típico e antijurídico ou fato típico, antijurídico e culpável), senão no sentido de *fato punível*. Uma prova disso: filho que furta pai não é punível; se esse é o fato narrado, o juiz tem que rejeitar a denúncia; no caso de imunidade parlamentar material, a denúncia tem que ser rejeitada. Se é assim, quando se nota claramente a dispensa da pena (em razão do princípio da irrelevância penal do fato), também deve ser rejeitada a denúncia (ou queixa).

Resumindo: todas as vezes que nos depararmos com uma *infração bagatela*, o certo é pedir o arquivamento das investigações (fundamentando o pedido ou no princípio da insignificância ou no princípio da irrelevância penal do fato). E se houver denúncia? Cabe ao juiz rejeitá-la (CPP, art. 43, I). E se o juiz não rejeitou? Cabe HC para o trancamento da ação penal (que no caso de *infração bagatela* é juridicamente impossível).

2. Posição do juiz diante do delito de bagatela (exame de um caso concreto)

Feitas as distinções devidas entre o princípio da insignificância e o da irrelevância penal do fato, remarque-se que, ressalvadas as exceções (militares) mencionadas, o princípio de insignificância (diferentemente do que ocorre com o princípio da irrelevância penal do fato) não está expressamente contemplado “nas leis brasileiras”. Mas nem por isso é ignorado pela jurisprudência (isto é, pelo Direito). Nisso reside mais uma prova de que a “lei” não é todo o Direito, é só uma parte dele. O juiz, portanto, pode até indeferir a pretensão de se reconhecer um ou outro princípio no caso concreto. O que não pode jamais é ignorá-los ou imaginar que não existem.

Desatualizado, destarte, é o magistrado que desconhece os dois princípios mencionados e, pior, o que julga os conflitos (especialmente os criminais) exclusivamente sob a ótica da legalidade (*secundum legem*), não sob o parâmetro do Direito (*secundum ius*). Um juiz desse jaez (Bindiniano, Rocconiano, técnico-jurídico etc.) não serve de paradigma a ninguém, principalmente para as futuras gerações. Afastemo-nos desse julgador formalista e legalista (que acredita ainda cegamente nos mitos de Rousseau⁸ e que seria provavelmente capaz de afirmar, diante da literalidade do art. 214 do CP, que um beijo lascivo é crime hediondo, punido com seis anos de reclusão, exatamente a mesma pena do homicídio; aliás, o beijo é crime hediondo enquanto o homicídio simples não o é).

3. Princípio da insignificância: conceito, origem, conseqüências e distinções

Tanto no Direito brasileiro como no comparado a via *dogmática* mais apropriada para se alcançar o *desideratum* da não punibilidade do fato ofensivo ínfimo é constituída pelo chamado *princípio da insignificância* ou *de bagatela*,⁹ “que é o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que fatos nímios não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Do mesmo modo, abre a porta a uma revalorização do direito constitucional e contribui para que se imponham penas a fatos que merecem ser castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade. Aplicando-se este princípio a fatos nímios se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender fatos

⁸ Mito de que a lei representa (efetivamente) a vontade geral, de que a lei é geral e comum, de que a lei é incapaz de erros e de injustiças, de que as leis só retratam a liberdade etc. (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid: Civitas, 2000 (reimpr.), p. 24-25).

⁹ Princípio da insignificância é a denominação dada por ROXIN (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p. 24, em JUS, 1964) enquanto princípio de bagatela foi o nome dado por TIEDEMANN (em JUS, p. 108-113) (Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, A. e SLOKAR, A., *Derecho penal*:PG, Buenos Aires: Ediar, 2001, p. 471, notas 53 e 54).

mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de Direito penal”.¹⁰

Em um Direito penal que tem como eixo central uma concreta e intolerável ofensa, bem ressaltou Roxin¹¹ que “fazem falta princípios como o introduzido por Welzel da *adequação social* [recorde-se que no conceito de adequação social de Welzel entravam várias hipóteses de insignificância], que não é uma característica do tipo, mas sim um auxiliar interpretativo para restringir o teor literal que acolhe também formas de condutas socialmente admissíveis”.

O chamado princípio da insignificância (*Geringfügigkeitsprinzip*), na esteira da lição de ROXIN, é justamente o que permite, na maioria dos tipos legais, excluir desde logo danos de pouca importância: “maus tratos, portanto, não é qualquer tipo de dano à integridade corporal, senão somente o relevante; analogamente, desonesta no sentido do Código Penal é só a ação sexual de certa importância; injuriosa é só a lesão grave à pretensão social de respeito (...) Se com esses fundamentos se organiza de novo conseqüentemente a instrumentalização de nossa interpretação do tipo, se alcançaria, ademais de uma melhor interpretação, uma importante contribuição para reduzir a criminalidade em nosso país”.

Se por um lado não se pode duvidar que é muito controversa a *origem* histórica da teoria da insignificância,¹² por outro, impõe-se

¹⁰ Cfr. CORNEJO, Abel, *Teoría de la insignificancia*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 59.

¹¹ ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema Del Derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1972, p. 52-53.

¹² Cfr. GUZMÁN DALBORA, José Luis, La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 5, Madrid: UNED, 1995, p. 514 e ss., para quem foram os humanistas que construíram a máxima *minima non curat praetor*. Para alguns autores (ACKEL FILHO, Diomar, O princípio da insignificância no Direito penal, *JTACrSP*, v. 94, p. 73, por exemplo) o princípio da insignificância já existia no Direito romano, época em que o *praetor* cuidava da criminalidade de bagatela. Mas a ele também fez referência von LISZT no final do século XIX (*Tratado de derecho penal*, trad. de Jimenez de Asúa, da 20.ª ed. alemã, Madrid; Reus, s/d, p. 21): “Nuestra legislación actual hace de la pena, como medio de lucha, un empleo superabundante. Debía pensarse si no merecería ser restaurado el antiguo principio *minima non curat praetor*, bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal), bien como regla de derecho material (impugnación por insignificancia de la infracción)... Pero es de suma importancia la separación de las contravenciones del dominio de las infracciones (*Unrecht*) criminales”. Na Europa o *Bagatelledelikte* ganhou amplo reconhecimento depois da segunda Guerra Mundial, particularmente em relação aos delitos patrimoniais. Mas sabe-se que não é um princípio aplicável tão-somente ao âmbito estrito desses delitos. É um princípio de Direito penal e como tal com capacidade para influenciar, dirigir e determinar o conteúdo das normas penais incriminadoras (cfr. nesse sentido CELIDONIO, Celso, O princípio da insignificância, *Direito Militar*, n.º 16, 1999, p. 7).

sublinhar que o pensamento penal vem (há tempos) insistindo em sua recuperação (pelo menos desde o século XIX). São numerosos os autores que desde esse período a invocam e pedem sua restauração: assim Carrara, Von Liszt, Quintiliano Saldaña, Roxin, Baumann, Blasco e Fernández de Moreda, Soler, Zaffaroni etc.¹³. Nos últimos quarenta anos, seu restabelecimento vem sendo objeto de insistentes postulações, destacando-se a de Roxin, no famoso artigo surgido em 1964.¹⁴

Reportando-se especificamente à coação, o citado autor escreveu:

*“O velho princípio “minima non curat praetor” vale no delito de coação na exata medida. As influências coercitivas sem (grande) duração, e as conseqüências que não são dignas de menção, não são socialmente danosas em sentido material. Quem, por exemplo (...) mantém fechada uma porta diante do nariz (alheio) um instante, atua de forma inadmissível. Mas aqui o prejuízo não pesa seriamente, devendo-se negar uma perturbação (séria) da vida comum ordenada, de tal modo a excluir uma coação punível. Isso (o princípio da insignificância) joga um papel importante, especialmente em fugazes interferências no tráfego viário. No caso da ameaça, este princípio está já contido na característica legalmente exigida da ‘sensibilidade’ do mal”.*¹⁵

¹³ Autores citados por GUZMÁN DALBORA, José Luis, La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 5, Madrid: UNED, 1995, p. 513. Na atualidade são incontáveis as monografias sobre o princípio da insignificância: MAÑAS, Carlos Vico, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1994; REBÉLO, José Henrique Guaracy, *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000; VITALE, Gustavo L., *Princípio de insignificância y error*, Neuquén: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Del Comahue, 1988.

¹⁴ Cfr. ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972, p. 53, nota 53, onde faz referência a seu artigo *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbergrundende Merkmale im Strafrecht*, publicado em *JUS*, 1964, p. 373 e ss. (especialmente p. 376-377).

¹⁵ Cfr. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, v. III, Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 554.

Também Tiedemann¹⁶ fez referência à teoria da insignificância, chamando-a de “princípio de bagatela” (*Bagatellprinzip*), fundado no princípio da proporcionalidade que deve vigorar entre o delito e a gravidade da intervenção estatal pelo delito. Este autor afirma que se trata de um princípio que somente é aplicável nos casos concretos e que existe a possibilidade de considerá-lo como uma questão de antijuridicidade material e, por fim, excludente da tipicidade, ou melhor, como um caso em que, ainda que haja delito, se “prescinde de pena”.

A *conseqüência* natural da aplicação do critério da insignificância (como critério de interpretação restritiva dos tipos penais) consiste na exclusão da punibilidade dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. Seu significado central, portanto, consiste no seguinte: “não podem ser penalmente típicas ações que, ainda que no princípio se encaixem formalmente em uma descrição típica e contenham algum desvalor jurídico, ou seja, que não estejam justificadas e não sejam plenamente lícitas, no entanto no caso concreto seu grau de injusto seja mínimo, insignificante: pois conforme seu caráter fragmentário as condutas penalmente típicas só devem estar constituídas por ações gravemente antijurídicas, não por fatos cuja gravidade seja insignificante. O critério de insignificância significa, pois, uma restrição dos tipos penais”.¹⁷

4. O reconhecimento do princípio interpretativo da insignificância penal nos direitos brasileiro e estrangeiro

¹⁶ Cfr. TIEDEMANN, Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder – OLG Köln, NJW 1968, 2348, JuS, 1970, p. 108-113, que examinou o caso de um policial que se apropriou de 15 marcos alemães que havia recebido como pagamento de um tributo. Cfr. ainda: ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 554.

¹⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Causas de atipicidad y causas de justificación, in *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 1995, p. 28. Véase también: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal-PG*, Madrid: Universitas, 1996, p. 565.

É certo que grande parte da doutrina¹⁸ reconhece o princípio da insignificância como instrumento de correção do tipo penal.¹⁹ Mas, não é unicamente a doutrina, e sobretudo a mais recente, que admite o referido princípio.²⁰ Em alguns sistemas jurídicos (Brasil, por exemplo) há inclusive hipóteses de reconhecimento legal. No nosso Código Penal militar, dentre outros artigos, contamos com art. 209, § 6.º, que diz: “No caso de lesões levíssimas, o Juiz pode considerar a infração como disciplinar”.

¹⁸ Cfr. GUZMÁN DALBORA, La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito del injusto típico, *RDPC*, n.º 5, 1995, p. 513, que cita como adeptos da teoria da insignificância Carrara, Von Liszt, Quintiliano, Saldaña, Roxin, Baumann, Soler e Zaffaroni. Quanto ao direito espanhol cfr: MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 132-133, para quem “la falta de tipicidad penal puede desprenderse de la mera redacción literal de los tipos (...), pero también de una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella. Ello sucede, según la doctrina actual, cuando se trata de hechos que, aun cabiendo en la literalidad típica, no implican una afectación suficiente del bien jurídico, por ser (...) insignificantes (principio de insignificancia)”; “... en sectores importantes del tráfico cabe mencionar supuestos de insignificancia. Así, en los transportes se producen empujones y otras molestias que no se aprueban, pero se toleran; en el tráfico rodado existen comportamientos incorrectos que no pueden considerarse suficientemente graves para dar lugar a coacciones penales; en el ámbito de la publicidad de productos se producen continuamente pequeños engaños” (ob. ul. cit., p. 532-533); LUZÓN PEÑA, Causas de atipicidad y causas de justificación, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, p. 28-29; ARROYO ZAPATERO, Derecho penal económico y constitución, *Revista Penal*, 1998, p. 6, que afirma: “El carácter fragmentario del Derecho penal... es un principio que se dirige al legislador, en el momento de formular la descripción típica y, seguidamente, al juez, quien invocándolo puede apartarse de una interpretación formal del tipo, considerando atípicas un determinado género de conductas que sólo lesionan de modo insignificante al bien jurídico protegido”; quanto ao delito de coação cfr. MIR PUIG, El delito de coacciones en el Código penal, *ADPCP*, 1977, p. 300-301. No Brasil SANGUINÉ, Odone, Observações sobre o princípio da insignificância, *FCP*, año 3, v. 3, n.º 1, 1990, p. 40-41) aponta como seguidores da teoria da insignificancia: no direito comparado: BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Reimpresión*, Depalma, 1973, p. 6; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, Ediar, 1981, p. 231 y ss.; MIR PUIG, ob. cit., loc. cit.; MAC IVER, Luis Cousino, *Derecho penal chileno*, vol. I, p. 427; SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal*, PG, II, p. 323; GUIMERÁ, ob. cit., loc. cit. No Brasil: TAVAREZ, Juarez, in WESSELS, J., *Direito penal-PG*, 1976, p. 63, nota 12; IDEM, *Da ação penal*, p. 98-9 y 273 y ss.; RÖHNELT, Ladislav, Aplicação da Lei n. 6.416, *Ajuris*, 6, 1977; TUBENCHLAK, James, *Teoria do crime*, 2. ed., Forense, 1980, p. 44; MIRABETE, Júlio F., *Manual de Direito penal*, PG, 1989, p. 119 y ss.; ACKEL FILHO, Diomar, O princípio da insignificância no Direito penal, *JTACrSP*, vol. 94, 1988, p. 72 y ss.; TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos de Direito penal*, 2. ed., Saraiva, 1986, p. 121 y ss.; MACHADO, Luiz A., *Direito Criminal-PG*, 1987, p. 123 y ss.; PIERANGELLI,

¹⁹ Aos autores citados impõe-se agregar: VITALE (Estado constitucional de Derecho y Derecho penal, *Teorías actuales en el Derecho penal*, AA.VV, p. 96), que menciona outros partidários da mesma idéia: Germán Bidart Campos, Carlos Creus, Luis F. Niño, Maximiliano Rusconi, Enrique García Vitor, R. Corvalán y Adrián Berdichevsky; ESER y BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, p. 29, sublinham: “Por otro lado, a la hora de realizar una interpretación teleológica orientada en el bien jurídico, es necesario no olvidar que este método puede conducir fácilmente a sobredimensionar al ámbito de la punibilidad (cfr. Schünemann –Bockelmann– FS 118, 129). Por consiguiente, es necesario un correctivo –inminente en toda interpretación ‘razonable’– a través del criterio de insignificancia

O juiz tem a faculdade (na verdade, um poder-dever) de declarar a ausência de tipicidade “penal”, reconhecendo que a lesão é insignificante e caracterizadora tão-somente de uma infração disciplinar; (...) uma análise da Exposição de Motivos do CPM (n.º17) revela bem a “*mens legis*”: “Entre os delitos de lesão corporal está a ‘levíssima’, a qual, segundo o ensinamento da vivência militar, pode ser desclassificada pelo Juiz para uma infração meramente disciplinar, evitando-se nesse caso o pesado encargo de um processo penal para um fato de tão pouca relevância”.²¹

O dispositivo legal mencionado deixa claro que corresponde ao *juiz* o reconhecimento da insignificância, que conta com o poder de trasladar o caso concreto para o âmbito administrativo (infração disciplinar), quando a lesão é “levíssima” (mínima).

lesiva, según el cual es necesario excluir desde el comienzo 'las injerencias mínimas en el bien jurídico' protegido por determinados tipos penales (como por ejemplo, en los delitos de lesiones o en el delito de detenciones ilegales) cuando éstos sean materialmente insignificantes". Ainda sobre o referido princípio cfr. MAÑAS, Carlos Vico, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1994; QUEIROZ, Paulo de Souza, *Do caráter subsidiário do Direito penal*, p. 123-127; REBÊLO, José Henrique Guaracy, *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000 e a ampla bibliografia aí citada, destacando-se: BARALDI, Carlos Ismar, *Teoria da insignificância penal*, *Escola Superior da Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul*, Revista Semestral, n.º 6, p. 31-47, jan./94; BATISTA, Nilo, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 1990; BITENCOURT, Cezar e PRADO, L. Regis, *Elementos de direito penal-PG*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; CERVINI, Raúl, *Os processos de descriminalização*, trad. de Eliana Granja *et alii*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; FREITAS, Ricardo de Brito, *O direito penal militar e a utilização do princípio da insignificância pelo ministério público*, *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco* n.º 2, p. 161-175, ano 1, nov/96; GRECO, Rogério, *Direito penal*, Belo Horizonte, Gráfica Cultura, 1998, v.1; LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991; QUEIROZ, Carlos Marchi de, *A autoridade policial e o princípio da insignificância*, *RJ 212, jun. 1995*; ROTH, Ronaldo João, *O princípio da insignificância e a polícia judiciária militar*, *Revista de Direito militar*, n. 5, maio/jun/1997; No direito argentino: cfr. também GARCÍA VITOR, *Planteos penales*, p. 44-55. José H., *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, RT, 1989, p. 44.

²⁰ Sobre a doutrina mais recente no Brasil cfr. no site www.direitocriminal.com.br: **Editorial**: Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato - **Autor**: Luiz Flávio Gomes - Professor e Diretor deste site ; **Teoria e prática**: Pedido de arquivamento de crime de furto, de acordo com o princípio da insignificância - **Autor**: Ana Cláudia Bastos de Pinho - Promotora / PA; **Doutrina**: O Conflito entre o Princípio da Insignificância e o Movimento da Lei e Ordem no Direito Penal Brasileiro - **Autor**: Líbio Araujo Moura; **Doutrina**: O Conflito entre o Princípio da Insignificância e o Movimento da Lei e Ordem no Direito Penal Brasileiro - **Autor**: Líbio Araujo Moura ; **Artigo**: Visão panorâmica do princípio da insignificância - **Autor**: Carlos Vinícius Alves Ribeiro; **Doutrina nacional**: Da apropriação indébita previdenciária: art. 168-A do Código Penal, com redação dada pela Lei n.º 9.983, de 14.07.00 - **Autor**: Luiz Flávio Gomes.

²¹ Cfr. CELIDONIO, Celso, *O princípio da insignificância*, *Direito militar*, n.º 16, 1999, p. 9-10.

Com relação à jurisprudência brasileira, depois daquela primeira decisão do STF (de 1988: cfr. RTJ 129/187 e ss.), cabe assinalar que praticamente toda a jurisprudência passou a admitir o princípio da insignificância como corretivo da abstração do tipo penal.²²

No delito de descaminho, por exemplo, a pequena quantidade e o pouco valor do objeto de procedência estrangeira que está no poder do acusado autoriza a aplicação do critério de insignificância, descaracterizando o delito. A sanção criminal, “*in casu*”, seria, em virtude de suas conseqüências, desproporcionada ao dano resultante da conduta praticada”.²³ O ponto discutível dessa linha jurisprudencial reside no critério adotado para o reconhecimento da insignificância.²⁴

De todo modo, já se sublinhou que o relevante é a existência de uma ofensa mínima ao bem jurídico, não a proporção do dano em relação aos bens do sujeito passivo.²⁵

Em matéria de entorpecentes são numerosas as Sentenças do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo o princípio da insignificância:

“Entorpecente. Quantidade ínfima. Atipicidade. O crime, além da conduta, reclama um resultado no sentido de causar dano ou perigo ao bem jurídico (...); a quantidade ínfima informada na denúncia não projeta o perigo reclamado”.²⁶ Sempre “é importante demonstrar-se que a

²² Sobre a evolução jurisprudencial brasileira nessa matéria cfr. REBÊLO, José Henrique Guaracy, *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

²³ Cfr. decisão de 17.05.1999, relator FERNANDO GONÇALVES (DJU de 21.05.99, p. 298). No mesmo sentido: decisão de 20.04.1999, relator JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (DJU de 24.05.1999, p. 185). Em relação ao abate de três animais de pequeno porte: decisão de 09.03.1999, relator FERNANDO GONÇALVES, DJU de 05.04.1999, p. 160. Veja também JESUS, Damásio E. de, *Imputação objetiva*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 76, que arrola várias outras situações em que se deu a aplicação do princípio da insignificância: casos de furto, lesões corporais mínimas, maus tratos, posse de entorpecentes, delito tributário, estelionato, danos etc.

²⁴ Cfr. CALLEGARI, André, O critério da bagatela para o crime de descaminho e o princípio da insignificância, *in Boletim IBCCrim* n. 56, julho/97, p. 9.

²⁵ Cfr. decisão de 20.05.1997, relator FELIX FISCHER, DJU de 23.06.1997, p. 29.166.

²⁶ Cfr. decisão de 18.12.1997, relator LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJU de 06.04.1998, p. 175. Sobre o princípio da insignificância e ínfima quantidade de entorpecentes cfr: MENDES, Carlos Alberto Pires, O princípio da insignificância e a ínfima quantidade de entorpecente, *Justicia & Poder* n.º 3, 1998, p. 65. Veja também FRANCO, Alberto Silva *et alii*, *Leis penais especiais e a sua interpretação jurisprudencial*, 6.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1096 e ss.

substância tinha a possibilidade para afetar ao bem jurídico tutelado”.²⁷ A pena deve ser “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Quando a conduta não seja reprovável, sempre e quando a pena não seja necessária, o juiz pode deixar de aplicar dita pena. O Direito penal moderno não é um puro raciocínio de lógica formal. É necessário considerar o sentido humanístico da norma jurídica. Toda lei tem um sentido teleológico. A pena conta com utilidade”.²⁸ Também a Suprema Corte já reconheceu o critério de insignificância e inclusive recentemente.²⁹

Em síntese: tanto a doutrina como a jurisprudência, nos países citados, admitem o princípio da insignificância como instrumento auxiliar de interpretação restritiva dos tipos penais, com a conseqüência de excluir do âmbito da tipicidade as condutas que não afetam de modo significativo (intolerável) o bem jurídico protegido, que de todo modo não estariam compreendidas na “finalidade” da norma ou em seu “sentido material”.

Os tipos penais, assim, desde uma perspectiva *material*, devem ser interpretadas de acordo com o bem jurídico protegido e, ademais, em consonância com o princípio da fragmentariedade (somente os ataques intoleráveis aos bens jurídicos mais importantes é que devem ser punidos penalmente). Como conseqüência do exposto conclui-se que na descrição típica legal estão compreendidas exclusivamente as ofensas penalmente significativas ou as que estão em conformidade com a “finalidade da norma” (leia-se: condutas inofensivas ou mesmo as ofensas de pouca relevância estão fora de seu âmbito de aplicação).

5. Princípio da insignificância e princípio da irrelevância penal do fato

²⁷ Cfr. decisão de 30.03.1998, relator ANSELMO SANTIAGO, DJU de 01.06.1998, p. 191.

²⁸ Cfr. decisão de 21.04.1998, relator LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJU de 17.08.1998, p. 96.

²⁹ Cfr. decisão no HC 77.003-PE, relator MARCO AURÉLIO, *Boletim IBCCrim* n.º 72/Jurisprudência, 1998, p. 301.

A doutrina e a jurisprudência examinadas até aqui, em geral, vêm fundamentando o delito de bagatela (e afastando a incidência do Direito penal) com base (exclusivamente) no princípio da insignificância (leia-se: com base no ínfimo desvalor do resultado). Uma linha jurisprudencial minoritária, como já salientamos acima (cfr. n.º 1, *supra*), além do desvalor do resultado, vem exigindo também o ínfimo desvalor da conduta e da culpabilidade. Nesse sentido há uma decisão importante do STF.³⁰

A Corte Suprema brasileira, em síntese, entendeu que não só o desvalor da ação e do resultado são relevantes para o reconhecimento do princípio da insignificância, senão também outras circunstâncias do fato e do autor.

Não há dúvida de que nessa decisão da Corte está presente a idéia de um Direito penal do autor. Daí a crítica de Luiz Luisi, *in verbis*: “É inquestionável que se não existe a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto do fato e a vida passada do autor não tem a virtude de transformar em ilícito o fato. Uma lesão insignificante a um bem jurídico, ainda que seja de autoria de um reincidente na prática de delitos graves, não faz que ao mesmo se possa atribuir um delito. Seus antecedentes, por mais graves que sejam, não podem levar à tipificação criminal de uma conduta que, por haver causado insignificante dano a um bem jurídico, não causou um lesão relevante”.³¹

A crítica do penalista emérito mencionado tem sua razão de ser quando se trata de fatos em que o desvalor do resultado é absolutamente insignificante, como por exemplo, o furto de um palito de fósforo, o furto de um cacho de uvas, o furto de um ovo etc.. Mas para além dessas hipóteses de absoluta insignificância (que são resolvidas pelo princípio da insignificância *tout court*, reconhecendo-se a atipicidade), outras existem em que o desvalor do resultado é insignificante mas não em

³⁰ Cfr. decisão do STF (DJU de 07.06.1996, p. 19.826), *in* Boletim IBCCrim/Jurisprudência, n.º 63, 1998, p. 1. Em sentido coincidente: RT 664, p. 285 e ss. (TACRIM-SP, relator HAROLDO LUZ, decisão de 18.07.1990).

³¹ Cfr. LUISI, Luiz, *in* Boletim IBCCrim/Jurisprudência, n.º 63, 1998, p. 1.

sentido absoluto: lesões corporais ínfimas, subtração de um objeto que custa alguns reais etc. E agora: nessas situações, devemos levar em conta exclusivamente o desvalor do resultado ou também outros desvalores (da conduta e da culpabilidade)?

Em outras palavras, nessas hipóteses, vamos aplicar o princípio de insignificância (tendo em conta só o desvalor do resultado) ou o princípio da irrelevância penal do fato (que exige fato bagatela e autor bagatela)?

A decisão do STF no HC 70.747-RS, relator FRANCISCO REZEK, no sentido de que não basta só a gravidade do fato para o reconhecimento do delito bagatela, sendo também relevantes as circunstâncias e condições pessoais do agente (primário ou reincidente, antecedentes etc.), de todo modo, afina com precisão a um princípio que está em elaboração neste momento no direito italiano, que é o da **“irrelevância penal do fato”**, que, em teoria, tanto pode ter repercussão na área da processabilidade do caso (solução processual) ou da punibilidade (solução penal).

6. Descaminho e princípio da insignificância

Dos fatos mínimos (dos delitos de bagatela) não deve cuidar o juiz (*minima non curat praetor*). Esse importante princípio, já aplicado no tempo do direito romano e recuperado, depois da segunda guerra, por Roxin (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, em JUS, 1964, p. 373 e ss.), vem sendo reconhecido amplamente pelos juízes e tribunais (cfr. JESUS, Damásio E. de, *Imputação objetiva*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 76), especialmente no delito de descaminho, que consiste em não pagar, no todo ou em parte, o imposto devido pela entrada ou saída de mercadorias do país. Até pouco tempo, a jurisprudência entendia não haver crime no descaminho em que os impostos não ultrapassavam R\$ 1.000,00 (STJ, REsp 235.151, relator GILSON DIPP, DJU de 08.05.00, p. 116; STJ, REsp 235.146, relator FÉLIX FISCHER, DJU de 08.05.00, p. 116; TRF-1.ª Região, 3.ª Turma, AC 94.02.03892, EJTRF, Brasília, v. 1, 5/76). As mais recentes decisões estão levando em conta o valor de R\$ 2.500,00:

1) “TRF 4.^a REGIÃO – RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO N.º 2000.70.02.003443-1/PR (DJU 28.02.2001, SEÇÃO 2, p. 141)

*RELATOR: JUIZ AMIR SARTI
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
ADVOGADO: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
LENZ
RECORRIDO: J.E.A.
EMENTA
DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.
APLICAÇÃO. MP N.º 1973.*

Pacificou-se a jurisprudência desta Primeira Turma no sentido de que somente deve ser aplicado o princípio da insignificância, nos casos de descaminho de mercadorias, quando o comprometimento que resulta ao erário público pelo falta de pagamento dos devidos, não exceder a R\$ 2.500,00 (MP 1.973-63, de 29-06-2000).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que sm partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 13 de fevereiro de 2001.”

2) “TRF 4.^a REGIÃO – RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO N.º 2000.04.01.139958-2/RS (DJU 28.02.2001, SEÇÃO 2, p. 140)

*RELATOR: JUIZ AMIR SARTI
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
ADVOGADO: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
LENZ*

*RECORRIDO: F.R.P., O.A.C.S., J.T.S.F., J.A., M.T.B.S.
EMENTA*

*CONTRABANDO E DESCAMINHO. CIGARROS.
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. MP
N.º 1.973.*

Considerando que a falta de pagamento dos tributos devidos, no caso dos autos, excede a dois mil e quinhentos reais (MP nº 1.973- 63, de 29-06-2000 e reedições posteriores), bem como a quantidade da mercadoria apreendida (5.350 maços), não há falar em aplicação do princípio da insignificância.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 13 de fevereiro de 2001”.

A origem dessa evolução jurisprudencial está no art. 20 da Medida Provisória n.º 1.973, já reeditada inúmeras vezes, que cuida dos créditos não quitados da União. De acordo com o citado art. 20 “serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos no valor igual ou inferior a R\$ 2.500,00”.

Ora, o raciocínio seguido pelos juízes é simples: o Governo entende que não vale a pena executar débitos de até R\$ 2.500,00 porque não compensa para o erário público; com maior razão então esses débitos não podem ter relevância penal. O que é insignificante para fins fiscais, não pode ser relevante para fins penais.

E podem as Medidas Provisórias ter efeitos penais? As Medidas Provisórias jamais podem criar crimes, definir penas ou restringir direitos

e garantias fundamentais (tudo isso só pode ser feito por lei ordinária). Mas indiscutivelmente podem beneficiar o réu. Aliás, em favor do réu é possível analogia, a aplicação dos princípios gerais do direito e os costumes. Se até os costumes (regras não escritas) podem favorecer o réu, com mais razão isso pode ser feito pelas Medidas Provisórias que contam com força de lei (CF, art. 62).³²

Conseqüências práticas: ninguém pode ser processado pelo crime de descaminho quando o valor dos tributos devidos não excedem de R\$ 2.500,00. O correto, portanto, em razão da atipicidade penal da conduta, é arquivar o caso logo no princípio. E se o promotor denunciar? Cabe ao juiz rejeitar a denúncia, com base no art. 43, I, do CPP (“a denúncia ou queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime”). E se o juiz não refutar a denúncia? Cabe habeas corpus para trancar a ação penal por falta de justa causa (CPP, arts. 647 e 648, I). E se o processo já está em andamento: o melhor caminho é abrir mão de todas as provas e partir imediatamente para a sentença (absolutória). Caso isso não seja feito: cabe habeas corpus para trancar a ação penal.

Observe-se que o valor de R\$ 2.500,00, doravante, serve de parâmetro não só para a descaracterização do delito de descaminho, senão também para outros delitos contra a União (crimes tributários, previdenciários, estelionato previdenciário etc.). Mas não se trata de um critério válido para todos os crimes. Fora das hipóteses em que a lei disciplina a insignificância (como é o caso dos crimes contra a União), esse princípio deve sempre ser analisado em cada caso concreto, levando em conta o nível da ofensa ao bem jurídico, a relevância desse bem, condições da vítima etc.

Quando o fato cometido não pode ser reputado de plano insignificante mas tampouco tenha provocado uma intolerável repercussão (para a vítima e para a sociedade), cabe ao juiz examinar a possível incidência do princípio da irrelevância penal do fato, que

³² Cfr. GOMES, Luiz Flávio, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 252.

torna desnecessária a pena, permitindo nesse caso também o reconhecimento do chamado delito de bagatela (cfr. sobre esse último princípio artigo de nossa autoria no site www.direitocriminal.com.br).

Consideração final: é mais do correto que a Justiça criminal se livre dessas pequenas infrações para dedicar-se com absoluta prioridade ao controle da grande criminalidade (atos de violência, corrupção, fraudes estrondosas etc.), que é o que realmente perturba ou impede a convivência social. Ademais, o Direito penal, pela contundência das suas sanções, deve ter incidência mínima, isto é, deve ser reservado exclusivamente para os ataques intoleráveis aos bens jurídicos mais relevantes, e mesmo assim quando outros ramos jurídicos não são suficientes para a solução do conflito.

Luiz Flávio Gomes

**Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito
da Universidade Complutense de Madri,
Mestre em Direito Penal pela USP,
Professor Honorário da Faculdade de Direito da
Universidade Católica de Santa Maria (Arequipa/Peru)
e Diretor do site www.direitocriminal.com.br**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procurador-geral de Justiça

José Geraldo Brito Filomeno

Corregedor-geral do Ministério Público

Agenor Nakazone

Conselho Superior do Ministério Público

José Geraldo Brito Filomeno

(presidente)

Agenor Nakazone

José Roberto Garcia Durand

Marilisa Germano Bortolin

Antonio de Padua Bertone Pereira

Paulo Mário Spina

Nelson Gonzaga de Oliveira

Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira

Maria Cristina Barreira de Oliveira

Lúcia Maria Casali de Oliveira

João Antonio Bastos Garreta Prats

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Membros Natos

Gomides Vaz de Lima Júnior

José Roberto Garcia Durand

Clóvis Almir Vital de Uzeda

Jobst Dieter Horst Niemayer

Guido Roque Jacob

Luiz Cesar Gama Pellegrini

Herberto Magalhães da Silveira Júnior

René Pereira de Carvalho

Francisco Morais Ribeiro Sampaio

Newton Alves de Oliveira

José Ricardo Peirão Rodrigues

Luiz Antonio Forlin

José Roberto Dealis Tucunduva

Eduardo Francisco Crespo

Oswaldo Hamilton Tavares

Fernando José Marques

Irineu Roberto da Costa Lopes

Regina Helena da Silva Simões

Antonio Paulo Costa de Oliveira e Silva

Roberto João Elias

Claus Paione

Membros Eleitos

Vera Lúcia Nogueira Franco Moysés

José Reynaldo de Almeida

Amaro Alves de Almeida Neto

Maria Tereza do Amaral Dias de Souza

Walter Paulo Sabella

João Francisco Moreira Viegas

Paulo Ortigosa

Fernando Carlos Rudge Bastos

Sérgio de Araújo Prado Júnior

Paulo do Amaral Souza

Maria Aparecida Berti Cunha

Paulo Roberto Grava Brazil

Pedro Antonio Bueno Oliveira

Pedro Luiz de Melo

Márgino Alves Barbosa Filho

José Domingos da Silva Marinho

Nelson Lacerda Gertel

Shiozo Tanaka

Mário Pedro Paes

Paulo Hideo Shimizu

Conselho do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

José Geraldo Brito Filomeno

(presidente)

Agenor Nakazone

Amaro Alves de Almeida Neto

Nelson Gonzaga de Oliveira

Arthur de Oliveira Costa Filho

Silvana Buogo

Jocimar Guimarães.