

**“NUREMBERG ÀS AVESSAS”: O MASSACRE DO CARANDIRU E AS DECISÕES
DE RESPONSABILIZAÇÃO EM CASOS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS
HUMANOS¹**

**"NUREMBERG UPSIDE DOWN": THE CARANDIRU MASSACRE AND THE
DECISIONS ON ATTRIBUTING RESPONSIBILITY IN CASES OF HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS**

Marta Rodriguez de Assis Machado²

Maira Rocha Machado³

Luisa Moraes de Abreu Ferreira⁴

Resumo: O objetivo deste texto é explorar as possibilidades de atribuição de responsabilidade individual no caso do Massacre do Carandiru. A partir das categorias dogmáticas da teoria do delito, este texto elabora hipóteses de responsabilização criminal não acionadas nos processos criminais que foram instaurados, a responsabilidade de autoridades civis – especificamente do Governador e do Secretário de Segurança pela invasão da Casa de Detenção que resultou na morte de 111 cidadãos em privação de liberdade, em 02 de outubro de 1992. Considerando que os crimes já prescreveram para essas autoridades, que não foram sequer investigadas, trata-se de exercício teórico-dogmático que busca contribuir para o ensino e para a pesquisa em direito penal no Brasil, bem como para a discussão sobre a construção de uma política pública de responsabilização em caso de violações de direitos humanos.

Palavras-chave: Violações de direitos humanos – responsabilização de autoridades - dogmática penal – autoria - teoria do domínio do fato – crime omissivo impróprio.

Abstract: This paper explores the possibilities of attributing individual liability in the Carandiru Massacre, the episode that resulted in the death of 111 inmates after the invasion of a pavillion by the police forces of the State of Sao Paulo. Using the cathegories of the criminal law theory we elaborate the hypothesis of attributing criminal liability to the civil authorities – the State Governor and the head of the Public Safety Office, which was not the case in the criminal processes initiated in Brazil. It aims to contribute as a material to criminal

¹ As autoras agradecem a Maira Zapater, Matheus de Barros e Heloísa Estellita por contribuições e referências essenciais ao desenvolvimento do argumento e registram também um agradecimento especial a(o) parecerista anônima(o) da Revista Culturas Jurídicas pela leitura e comentários à versão anterior do presente texto.

² Mestre e doutora em Direito pela USP. Professora da Escola de Direito de São Paulo da FGV. Pesquisadora do CEBRAP. Contato: marta.machado@fgv.br.

³ Doutora em Direito pela USP. Professora da Escola de Direito de São Paulo da FGV. Contato: maira.machado@fgv.br.

⁴ Bacharel em Direito (FGV) e mestre em Direito pela USP. Advogada. Contato: luisaferreira@gmail.com.

law education, but also to the research and the public debate on policies of assigning responsibility in cases of mass violation of human rights.

Key-words: human rights violations – responsibility of authorities – criminal law theory – omissive crimes – modes of criminal participation – theory of control/domination of the act.

"Precisamos saber quem deu a ordem de invasão. A responsabilidade deve ser imputada ao comando e, obrigatoriamente, a ordem deveria partir do governador do Estado". (...) o julgamento dos 120 policiais militares está sendo um Nuremberg às avessas, em que os comandantes estão ficando de fora de todo o processo"⁵

A declaração em epígrafe foi dada por Antônio Pinheiro Pedro, advogado dos policiais militares acusados no processo criminal do caso Carandiru, no dia em que arrolou o ex-governador Luiz Antônio Fleury Filho e o ex-Secretário de Segurança Pública Pedro Franco de Campos (em diante, "Fleury" e "Campos") como testemunhas de defesa no julgamento dos policiais que participaram do Massacre do Carandiru. Em entrevista aos jornalistas Victor Agostinho e Marcelo Godoy, o advogado esclarece que a decisão de arrolar Fleury e Campos como testemunhas "parte do princípio de que houve uma ordem para que os policiais iniciassem a operação e que essa ordem partiu de Campos, com consentimento de Fleury". De forma ainda mais precisa, afirma o advogado que com estes testemunhos a defesa quer que se "esclareça a autoria dos delitos".⁶

Como é de conhecimento público, Fleury e Campos não foram sequer investigados pelo Massacre do Carandiru. Em 02 de outubro de 2012, vinte anos após o Massacre, o crime mais grave que poderia lhes ser imputado - homicídio doloso - prescreveu. O processo criminal que tramitou perante o Tribunal do Júri e, no momento da conclusão deste texto, encontra-se no Tribunal de Justiça de São Paulo refere-se apenas aos policiais militares que, ouvidos nos autos do Inquérito Policial Militar, admitiram que efetuaram disparos na ocasião da invasão ao Pavilhão 9. Dentre os acusados, o máximo que se conseguiu alcançar na hierarquia de comando foram 2 majores, 3 tenentes-coronéis e 2 coronéis. Um dos coronéis foi o cel. Ubiratan Guimarães. Ele teve seu processo desmembrado por ter sido eleito

⁵ *Folha de São Paulo*, "Fleury irá depor no caso Carandiru", capa do caderno São Paulo, 12.set.1995.

⁶ As citações deste parágrafo também foram extraídas de *Folha de São Paulo*, "Fleury irá depor no caso Carandiru", capa do caderno "São Paulo", 12.set.1995.

deputado estadual; foi julgado e condenado, em 2001, a 632 anos de prisão pelo júri, mas foi, no entanto, absolvido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo cinco anos depois⁷.

As dezenas de réus denunciados no processo criminal começaram a ser julgados apenas no dia 15 de abril de 2013, uma vez que o Tribunal de Justiça de São Paulo demorou dez anos para confirmar a decisão de pronúncia e determinar o julgamento pelo júri. Houve condenação em todos os julgamentos - com penas que variaram de 48 a 624 anos de prisão⁸.

Durante um dos julgamentos, uma carta da Associação de PMs denunciou a ausência de responsabilização do governador e do secretário de segurança pública⁹. O relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitido em 2001 exigiu do Brasil a responsabilização das autoridades envolvidas, o que, não obstante jamais tenha acontecido, não gerou consequências no âmbito internacional: o caso terminou sem que o país tenha sido levado a julgamento pela Corte.

Outras formas de responsabilização jurídica individual, civil ou administrativa, tampouco foram acionadas. No tocante à responsabilização política e moral, Fleury concluiu normalmente seu mandato e foi eleito deputado federal em 1998 e 2002; concorreu em 2006 mas não se reelegeu. Em entrevista concedida ao Portal Terra, após os 20 anos do Massacre, Fleury afirmou que “a ordem para entrar no presídio foi absolutamente correta e legítima” e que “[m]esmo hoje, sabendo de todas as consequências, eu daria ordem para entrar”. Enfatizou também que se sentiu politicamente responsabilizado já que era, à época, um dos favoritos para a disputa presidencial¹⁰. Entidades da sociedade civil, contudo, incumbiram-se de levar ao debate público a ausência de apuração da responsabilidade de Fleury em diferentes ocasiões ao longo das últimas décadas.¹¹

Campos era promotor de justiça quando exerceu o cargo de Secretário de Segurança Pública do governo Fleury. Permaneceu na instituição e tornou-se procurador de justiça, tendo exercido a função de Secretário do órgão especial do Colégio de Procuradores de Justiça de 2011 a 2014. No caso da trajetória política de Campos, vale a pena destacar que em outubro de 1993 o Tribunal de Justiça de São Paulo discutiu sua indicação para uma vaga de juiz no 2º

⁷ Para mais detalhes sobre o julgamento do Cel. Ubiratan, ver Machado et alli (2015, p. 59-68).

⁸ Ver, Machado et alli (2015, p. 61-64). Um quadro completo das penas atribuídas aos réus encontra-se no anexo 2 do livro Machado e Machado (2015).

⁹ A íntegra da carta encontra-se disponível na plataforma memoriassacrearandiru.org.br. Ver, também, Machado et alli (2015 p. 93).

¹⁰ “Eu era, até esse episódio, um dos favoritos à presidência da República”. Entrevista de Fleury ao Portal Terra, disponível em <http://noticias.terra.com.br/brasil/massacre-do-carandiru/> (último acesso 27 de junho de 2016)

¹¹ Para uma apresentação geral dessas iniciativas, ver a seção “Esfera pública: as “peças de resistência” para além do Estado” em Machado et alli (2015 p. 88-95). Ver também as fotos do “Escracho Fleury” (2012) de Caio Castor disponíveis na plataforma memoriassacrearandiru.org.br

Tribunal de Alçada Civil pelo quinto constitucional. O voto do Desembargador Nelson Schiesari, fortemente contrário à indicação, mencionou, entre outras, ser de "domínio público" que Campos "autorizou (...) a PM a invadir o pavilhão 9" e que o episódio ainda não havia sido objeto de "adequada apuração de responsabilidade, quando seria perfeitamente possível alcançá-la".¹² O voto fez ainda referência à impossibilidade de se considerar este nome "acima de qualquer suspeita", um pré-requisito para o cargo de juiz, e ao "constrangimento sobre o Poder Judiciário" que sua responsabilização posterior, civil ou criminal, poderia trazer. E concluiu: "Pior que tudo, enfim, é pensar-se que a pretendida indicação possa ser entendida como reconhecimento do Poder Judiciário à inexistência de responsabilidade a se apurar".¹³

A participação do alto escalão do executivo na decisão sobre a invasão é ainda um capítulo em aberto na história do Massacre. Tendo em vista que essas autoridades não foram formalmente investigadas, a sucessão de eventos do dia 02 de outubro de 1992 encontra-se fragmentada em entrevistas à mídia e depoimentos colhidos ao longo de mais de duas décadas¹⁴. Reuni-las ou dar sentido às muitas vezes incongruentes narrativas disponíveis foge aos objetivos deste texto.

O que nos interessa aqui é refletir sobre o processo de atribuição de responsabilidade individual no sistema de justiça brasileiro, especialmente em casos em que há múltiplos atores, múltiplas ações e múltiplas vítimas. Tendo em vista o debate sobre responsabilização de autoridades em casos de violações de direitos humanos, trata-se de explorar as categorias da dogmática penal e verificar como poderiam ser mobilizadas na imputação de responsabilidade para além dos executores das ordens. Pretendemos, assim, realizar um

¹² Íntegra do trecho citado: "É de domínio público que o candidato autorizou, no exercício do cargo de secretário de segurança pública do Estado, há um ano, a Polícia Militar a invadir o pavilhão 9 da Casa de Detenção, com armas poderosas, que foram usadas implacavelmente, resultando num morticínio de mais de uma centena de pessoas, fato que abalou as consciências bem formadas dos brasileiros, tudo com enorme repercussão no Mundo Civilizado. O terrível episódio não foi objeto, até agora, de adequada apuração de responsabilidade, quando seria perfeitamente possível alcançá-la, mas para apaziguar a opinião pública o secretário foi simplesmente afastado da direção da secretaria de Estado. Em consequência, não foi ele, como seria curial, submetido a processo e julgamento, para ser condenado ou, o que seria alviçareiro, absolvido, ainda que por insuficiência de provas" (*Juízes para a Democracia. Suplemento do nº 1*. Íntegra do voto do Desembargador Nelson Schiesari na sessão plenária do tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de 13/10/93, na qual foi discutida a indicação do Procurador Pedro Franco de Campos para uma vaga no 2º Tribunal de Alçada Civil. Documento disponível em www.massacrecarandiru.org).

¹³ *Juízes para a Democracia. Suplemento do nº 1*. Íntegra do voto do Desembargador Nelson Schiesari (citado acima). Campos não foi indicado à vaga.

¹⁴ Nas narrativas sobre o que ocorreu no dia 02 de outubro, há ainda outras autoridades presentes, os juízes que chegaram ao presídio acionados pelo Diretor da unidade: Luiz Augusto San Juan França, Fernando Antônio Torres Garcia e Ivo de Almeida. O primeiro era à época Juiz Corregedor dos Presídios e os dois últimos eram ambos juízes da Vara das Execuções. Este texto concentra-se, contudo, nas autoridades do poder executivo.

exercício de utilização das categorias da teoria do delito diante da hipótese de responsabilização criminal de autoridades civis pelo Massacre do Carandiru.

O estudo desse caso importa para uma reflexão sobre as disputas político-jurídicas presentes na aplicação do direito e no uso das categorias dogmáticas em direito penal. Busca contribuir para o ensino e para a pesquisa em direito penal no Brasil, bem como para a discussão sobre a construção de uma política pública de responsabilização em caso de violações de direitos humanos.

Para realizar este exercício, dividimos este texto em cinco partes. A primeira seção expande a explicitação dos propósitos deste texto a partir da centralidade do conceito de responsabilização e do modo como compreendemos os processos de imputação (1.). Em seguida, apresentaremos brevemente os debates ao redor do conceito de autoria e as respostas dogmáticas formuladas para casos concretos que desafiam as teorias tradicionais (2.). A terceira seção sintetiza os principais aspectos da imputação concretamente realizada nos processos criminais contra os policiais militares, ainda em curso no Judiciário paulista (3.). A quarta seção discute hipoteticamente as possibilidades de imputação de responsabilidade às autoridades civis, especificamente Fleury e Campos, por intermédio da teoria do domínio do fato (4.1.) e da imputação por omissão (4.2.). A última seção apresenta as considerações finais.

1. O sentido social da responsabilização

A responsabilidade é uma categoria social importante da qual depende a organização da nossa sociedade. Para convivermos com uma série de fenômenos desastrosos precisamos entender qual foi sua causa, quem foi o responsável. Chegar a uma explicação é importante não só para a construção de nossa história, mas também para construirmos políticas públicas para lidar com nossos problemas sociais.

As operações de imputação de responsabilidade ocorrem em diversos campos – no dia-a-dia, na imprensa, na literatura, na política, na moral e também no direito. Os processos de imputação de responsabilidade que ocorrem no campo jurídico são acionados por atores do sistema de justiça, mas tem sua legitimidade ancorada em discussões políticas sobre critérios de atribuição de responsabilidade por fatos, resultados e circunstâncias em uma determinada sociedade. Cada comunidade política define quem deve ser considerado responsável a cada fenômeno social. Por exemplo, o fracasso ou a pobreza de um indivíduo podem ser vistos

como responsabilidade dele próprio, do sistema, da coletividade ou do Estado. Da mesma forma, o cometimento de um crime pode ser visto como responsabilidade exclusiva daquele que decidiu agir ou essa responsabilidade pode ser partilhada pelas suas condições de vida, pela sua história, pela sua família ou pela sociedade como um todo. Também diz muito sobre um sistema social se se escolhe responsabilizar os que cumpriram e executaram uma ordem ou aqueles que detinham o poder de dar ou suspender a ordem, mas não se envolveram com o episódio “com as próprias mãos”.

Os acontecimentos normalmente são envoltos por um conjunto amplo de circunstâncias e atores e comportam sempre muitas possíveis explicações sobre o que o “causou” ou quem é o “responsável”. A forma de olhar e explicar os acontecimentos sociais depende de escolhas e decisões políticas sobre quem deve ser considerado responsável e quais os critérios para sua responsabilização.

É com base nos critérios de imputação socialmente discutidos e estabelecidos que o sistema de justiça norteia as decisões que interrompem "o fluxo infinito dos acontecimentos, de modo que determinados fatos são atribuídos a uma pessoa como consequência de uma ação ou omissão sua" (Günther, 2009, p. 06). No processo de imputação de responsabilidade, a busca por nexos causais é interrompida em um ponto certo - uma pessoa que agiu ou se omitiu - e essa decisão, para não ser arbitrária, deve ser justificada com critérios de imputação, "sobre os quais é possível haver dissenso, assim como é possível haver dissenso acerca de seu emprego correto e adequado" (Günther, 2009, p. 06). Desse modo, pretendemos chamar atenção para o fato de que a decisão de atribuir (ou não) a alguém a responsabilidade por um episódio é feita, como diz Klaus Günther, "sobre o pano de fundo das alternativas existentes para imputação a um agente" (Günther, 2009, p. 06) e que a consolidação e aplicação desses critérios devem ser discutidas na esfera pública.

Sob esses pressupostos, nos parece relevante compreender como, no caso do Massacre do Carandiru, se deram as decisões de imputação. Nos importa discutir tanto como as regras estão construídas em nosso sistema, quanto como foram interpretadas e aplicadas no caso concreto. Ou seja, como se deram as decisões de imputação nesse caso, à luz de outras possibilidades de atribuição de responsabilidade. Dentre essas possibilidades, focaremos em uma das questões que nos parece central aos casos que envolvem violação de direitos humanos pelo Estado: a responsabilização de autoridades. Diante do papel decisivo que podem desempenhar e do fato de estarem normalmente mais afastadas de atos de execução

propriamente ditos, a imputação de responsabilidade às autoridades pode suscitar problemas aos critérios tradicionais de autoria, como se verá no decorrer deste texto.

Não se trata neste texto de discutir se a responsabilização criminal das autoridades envolvidas no Massacre do Carandiru - o Governador do Estado e o Secretário de Segurança Pública - seria ou não desejável. Mas sim de oferecer ao campo jurídico penal brasileiro um esforço de reflexão teórico-dogmática sobre um caso concreto, real e particularmente complexo do ponto de vista da imputação de responsabilidade e sobre os limites e possibilidades da articulação dos conceitos jurídicos existentes. De um lado, a responsabilização criminal dos policiais militares condenados por júri popular em 2013 e 2014, ainda que não definitiva, nos coloca uma série de questões especialmente difíceis para a dogmática penal e para a discussão sobre quem responsabilizar. De outro, a discussão sobre responsabilização das pessoas que ocupavam cargos de comando na ocasião do Massacre é especialmente importante no momento atual. Se a ausência de responsabilização criminal das autoridades civis no caso do Massacre do Carandiru nos remete a uma dinâmica pouco surpreendente na história política e jurídica deste país, casos recentes de responsabilização criminal por atos de corrupção levaram ao debate público a possibilidade de utilização de categorias dogmáticas até então pouco mobilizadas para propiciar imputação de responsabilidade às "pessoas de trás".

Por essas razões, e diante da impossibilidade de percorrer aqui todas as questões dogmáticas que o Massacre do Carandiru oferece, este texto focaliza a categoria dogmática da autoria e os critérios de atribuição de responsabilidade individual em casos em que há múltiplos atores e múltiplas vítimas e em que se transita por modalidades de atuação tanto por ação, como por omissão.

Para conseguirmos articular minimamente os elementos referentes à imputação, esboçaremos um quadro fático mínimo envolvendo as circunstâncias da participação de cada autoridade no episódio.

No que diz respeito àqueles que foram investigados e submetidos a julgamento - o Cel Ubiratan e 120 policiais militares - tratamos de retratar o resultado dos processos criminais em que se discutiu sua responsabilidade. Adotamos essa estratégia porque acreditamos que de alguma forma a decisão de um processo criminal tem a força comunicativa de estabilizar a discussão de alguns pontos.¹⁵ Essa maior estabilidade não se confunde, contudo, com a capacidade de apuração da "verdade". No caso dos dois processos

¹⁵ Sobre a força comunicativa das decisões de responsabilização, ver Günther, 2009 e 1996.

(um processo para julgar o cel Ubiratan e outro para os demais policiais militares), a força das declarações contidas nas sentenças é ainda relativizada. No caso das decisões relativas aos policiais, porque ainda não transitaram em julgado, ou seja, podem ser revistas em novos julgamentos pelo júri, dependendo do resultado das apelações interpostas pelos réus. No caso do Cel. Ubiratan, como veremos, a decisão de absolvição ocorreu de modo bastante controvertido e a questão não foi solucionada a tempo, já que ele faleceu antes do trânsito em julgado.

No caso das autoridades civis, como nunca houve propriamente investigação das suas condutas, optamos por trabalhar com uma das poucas vezes em que uma instituição formal ofereceu uma narrativa sobre o que aconteceu naquele 2 de outubro, o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.¹⁶ O relatório estabeleceu "os fatos" que a permitiram afirmar a responsabilidade do Estado Brasileiro pelas mortes ocorridas no Massacre do Carandiru e a recomendar "uma investigação completa, imparcial e efetiva a fim de identificar e processar *as autoridades* e funcionários responsáveis pelas violações de direitos humanos assinaladas nas conclusões do relatório" (Relatório 34/00 OEA, VII, 1, grifos nossos). Houve explicitamente nesse âmbito o interesse em investigar a responsabilidade das autoridades, o que não estava presente nos demais procedimentos¹⁷. Confrontar ou corroborar a narrativa da Comissão não é nosso objetivo – isso poderia ser feito na esfera pública (em depoimentos, entrevistas, trabalhos jornalísticos etc) ou na esfera formal, em um processo judicial. Mas como dissemos não pretendemos reconstruir os fatos, apenas tomamos essa narrativa como hipótese levantada e não averiguada pelo sistema de justiça, para construir nosso exercício de alternativas à imputação.

A partir desse retrato, levantamos duas alternativas à imputação tal como foi feita, cogitando hipóteses de responsabilização dessas autoridades. Exploramos nessa análise apenas as questões ligadas à autoria, que é uma das categorias dogmáticas utilizadas na construção da imputação de responsabilidade. Em momento algum avançamos para além desse momento inicial de formulação da imputação ao tipo objetivo, que é parte do processo de formulação da denúncia. Não levamos em consideração questões de prova, quer para

¹⁶ Relatório n. 34/00, Caso 11.291, de 13 de abril de 2000. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/99port/Brasil11291.htm>

¹⁷ Diante dos objetivos do presente texto, excluimos da narrativa da Comissão outros aspectos igualmente importantes para os propósitos da Comissão, como "a ação policial imediata à rebelião" (par. 67), "as ações destinadas a destruir a evidência e a evitar a ação da imprensa" (par. 68 a 74), "o tratamento dos feridos" (par. 75), "o tratamento das famílias" (par. 76) e "as investigações oficiais e a ação da justiça" (par. 77 a 86).

afirmar haver indícios bastantes para a instauração da ação penal, muito menos para concluir ou não, ao final do processo, pela responsabilidade individual dessas autoridades. Nosso texto, como já afirmamos, é um exercício teórico sobre a possibilidade de manejo da categoria dogmática da autoria. Começamos, assim, com um breve panorama sobre a disputa teórica ao redor desse conceito e suas implicações para o processo de imputação de responsabilidade penal.

2. O conceito de autoria como peça central da imputação jurídico-penal

A definição da categoria da autoria e o problema de se diferenciar distintas contribuições para a realização de um delito é objeto de ampla disputa no campo do direito penal. Quem pode ser responsabilizado como autor, partícipe ou colaborador para um ato ilícito, assim como o tipo de consequência para cada uma dessas posições é questão que pode ser respondida de formas distintas, a depender dos critérios utilizados. Esses critérios são definidos, em sistemas romano-germânicos, a partir das diretrizes e dos limites fixados pela parte geral dos códigos penais, interpretados conjuntamente com definições dogmáticas de autoria.

É preciso aqui fazer uma nota sobre o processo de aplicação do direito penal. É bastante difundida a ideia de taxatividade na interpretação das leis penais, de acordo com a qual é garantia do cidadão que a descrição do que é crime seja clara e taxativa, para que ninguém seja surpreendido com interpretações *ad hoc* do que seja crime. Da mesma forma opera a vedação da analogia, que proíbe que juízes criem analogicamente tipos penais. Essas regras de interpretação dos tipos penais - ou seja, daquelas condutas descritas como proibidas sob pena de sanção criminal, que estão na parte especial do código penal ou em leis penais esparsas, chamadas legislação penal especial - descrevem apenas parte do processo de aplicação do direito penal. Elas se referem aos limites de alargamento do texto que descreve a conduta. Definem que no direito penal os limites do texto da lei devem ser menos flexíveis. No direito civil, por exemplo, a expressão "casamento" pôde ser ampliada e estendida para abarcar uniões de pessoas do mesmo sexo. No direito penal, segundo as regras de interpretação dos tipos penais, quando se fala em furto de coisa alheia não se pode analogicamente usar a mesma norma para incriminar aquele que furta, por exemplo, sinal de TV a cabo. Essas regras, entretanto, comandam apenas uma parte do processo de aplicação da lei penal. Os passos seguintes envolvem uma série de definições que dependem de conceitos

dogmáticos, cujo conteúdo são bastante disputáveis. Não temos muitas dúvidas semânticas sobre a proibição contida no tipo penal de homicídio, por exemplo. Porém, um determinado caso pode gerar controvérsias bastante acirradas sobre o alcance desse tipo. No processo de aplicação da lei penal, em um caso em que uma pessoa tenha sido morta, o que e quem está no âmbito de aplicação desse tipo? Aquele que disparou a arma? Aquele que estava ao lado do primeiro ajudando para que o fato se consumasse? Aquele que planejou a ação? Aquele que podia, mas não quis evitá-la? Aquele que forneceu a arma?

Essas decisões são tomadas pelos juízes articulando conceitos definidos na parte geral do código com definições dogmáticas. A parte geral do código nada mais é do que uma sedimentação em forma de lei dos critérios que devem guiar a interpretação e a aplicação dos tipos pelos juízes. Traz, assim, o conceito de causalidade, de dolo, de omissão penalmente relevante, de autoria; regras de concurso de crimes, regras para o reconhecimento da legítima defesa, de cálculo da pena e assim por diante. Por se tratarem de diretrizes e princípios de aplicação da lei penal, não são normas fechadas que dão conta por si só de definir a solução dos casos; ou de fornecer soluções únicas. São normas de conteúdo bastante disputáveis e que em sua maior parte, para ganhar funcionalidade, precisam ser complementadas com definições e raciocínios dogmáticos que não estão na lei. As construções doutrinárias tem aqui um papel muito importante para ajudar nesse processo, mas tampouco fecham o espaço para que os próprios juízes criem as condições e definições complementares que permitam que os conceitos sejam aplicados e que se chegue a soluções plausíveis para os casos concretos. A solução de um caso penal será o resultado de uma série de escolhas, que não são únicas ou inevitáveis, mas que se mostrem plausíveis e justificáveis a partir de uma articulação de elementos do caso concreto, dos tipos penais, das normas da parte geral do código, de conceitos dogmáticos, costurados a partir de uma argumentação razoável e convincente.

Para os propósitos deste texto, concentraremos esse processo de interpretação e disputa dogmática em torno da definição de autoria. A parte geral do CP brasileiro define autor de maneira bastante ampla, como todo aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime. Faz apenas a ressalva de que, ainda que todos sejam autores, as penas serão individualizadas de acordo com a culpabilidade e admite a diminuição da pena para autores que tiveram "menor importância". Não há contudo, como em outros sistemas, uma distinção legal entre o conceito formal de autor e partícipe.

Esse conceito é coerente com o sistema adotado pelo nosso Código com relação ao conceito de causa do artigo 13¹⁸, definido também como *tudo* aquilo que concorre para que o ato aconteça¹⁹.

Os conceitos de causa e de autor compõem um dos passos mais relevantes da imputação. Fazem um corte inicial naquilo que Günther define como o "complexo e obscuro novelo de relações de causalidade e de probabilidade" (Günther, 2009, p. 06) que envolve qualquer acontecimento. Se no processo de imputação outros passos vão apurar a decisão de imputar culpa, é por meio da causalidade e da autoria que o corte inicial é feito: o que pode ser considerado causa e quem pode ser considerado autor desse fato. Para esses primeiros "selecionados", outros requisitos – ligados às circunstâncias e motivos da ação – devem ser ainda observados para a imputação de responsabilidade, mas é como se as demais categorias funcionassem na base da exclusão, a partir desse primeiro recorte forte de quem está no campo possível de responsabilização. Por isso, são categorias muito importantes e disputadas no processo de imputação.

Formulados assim de maneira ampla tal como está em nosso código, esses conceitos são pouco operacionais na solução de casos concretos; as ideias de causalidade e autoria *sine qua non* — ou que abarca tudo e todos que concorrem de qualquer forma para o resultado — trazem para o campo das possibilidades de imputação quase tudo ou todos que de alguma forma se envolveram no acontecimento. Por isso, eles acabam funcionando mais como limites máximos. Cabe à doutrina e aos juízes o desenvolvimento de critérios mais concretos para definir as regras de responsabilização de alguém como autor.

É daí que surge a disputa entre distintas teorias da autoria. As mais tradicionais estão ligadas à ideia material de causalidade e consideram autor aqueles que realizam de própria mão o tipo penal²⁰. Mas há também teorias baseadas em relações causais mais amplas, em que todos

¹⁸ “Art 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

¹⁹ De fato, o conceito de autoria está bastante ligado ao de causalidade. Quando discutimos, no âmbito da causalidade, até onde deve alcançar a imputação ao tipo objetivo estamos na realidade já discutindo quem deve responder como autor - ainda que depois a ideia de autoria possa sofrer novos filtros. Assim, é possível entender que os conceitos mais tradicionais de autoria estejam ligados à ideia de causa, tenham depois incluído como filtros elementos subjetivos e estejam hoje em disputa conceitos mais normativos, em um paralelo à discussão que se tem no campo da imputação ao tipo objetivo (ou imputação objetiva). Cf. Machado, 2008.

²⁰ BITENCOURT aponta o conceito restritivo de autor como aquele em que a autoria é condicionada, unicamente, pela prática do verbo núcleo do tipo, sendo que a participação, a instigação e cumplicidade não seria punível (BITENCOURT, 2003, p. 384). JESCHECK e WEINGED (2002, pp. 697-698) aduzem que o conceito restritivo de autoria está vinculado à teoria objetiva da participação, que, por sua vez, pode ser dividida em duas variantes: (a) a teoria objetivo-formal e (b) a teoria objetivo-material. A primeira tem apreço especial pelos verbos que indicam o núcleo de determinado tipo penal, sendo a participação qualquer contribuição causal que não estivesse prevista no enunciado jurídico definidor do crime. Já a segunda teoria se apoia na periculosidade

aqueles que agiram dando causa ao resultado poderiam ser considerados autores²¹. E outras teorias que passaram a desenvolver critérios que podem hierarquizar as contribuições e distinguir quem deve ser considerado autor²². Para citar dois exemplos: alguns autores introduziram a ideia de "necessidade"²³ da contribuição causal, ou seja é autor aquele cuja contribuição é *imprescindível* à concretização do resultado; outros distinguem a "eficácia" da contribuição na cadeia causal, isto é, a ação do autor na cadeia causal afetaria o resultado diretamente, ao passo que a ação do cúmplice teria eficácia indireta. Outras usam critérios subjetivos como filtro: é autor aquele que age com vontade de ser autor, diferentemente daquele que age com vontade de ser apenas partícipe²⁴.

Há muitas outras formulações sobre autoria. Não cabe analisar cada uma delas. O importante é ter em mente que são formuladas para introduzir critérios normativos no processo de decisão e assim filtrar, a partir do amplo leque de ações que de algum modo contribuiu causalmente para o resultado, aquelas que devem ser atribuídas a alguém na condição de autor.

As formulações mais tradicionais pressupõem que as contribuições de um autor ao ato ilícito são sempre materiais e concretas e não dão conta de imputar responsabilidade para aqueles que, embora envolvidos na ação, não a executaram diretamente, como por exemplo, os mandantes de um crime. A limitação dessas teorias e as dificuldades de imputação em crimes envolvendo diversas pessoas com participações distintas e mais complexas que a mera execução material do ato fez com que a doutrina penal se debruçasse sobre a reformulação dos critérios de autoria. Uma reformulação importante do conceito de autoria é a teoria do domínio do fato que discutiremos a seguir.

O Massacre do Carandiru, em que temos pessoas com atuações de diferentes tipos - pessoas que deram a ordem de invadir, pessoas que se omitiram diante da iminência da tragédia e pessoas que concretamente atiraram – pode ser percebido como um caso bastante profícuo para a reflexão sobre os critérios de autoria que vêm sendo – ou que poderiam ser – articulados pelo sistema de justiça brasileiro. Na próxima seção, apresentaremos brevemente

da conduta para distinguir autoria e participação. Sobre a teoria objetivo-formal, ver também ROXIN (2000, pp. 697-700).

²¹ Exemplo é a teoria da equivalência das condições, que não distingue autoria e participação, sendo autor qualquer pessoa que tenha contribuído de alguma forma para o resultado do crime (BITENCOURT, 2003, p. 385-386).

²² A teoria da supremacia do autor se embasa justamente na hierarquização entre autores e partícipes (ROXIN, 2000, pp. 69-71).

²³ Sobre a teoria da necessidade para configuração da autoria, ver ROXIN (2000, pp. 58 e ss.).

²⁴ Sobre a distinção com base nas vontades de autor e de participação, ver JESCHECK e WEINGED (2002, pp. 699-701). A distinção residiria, principalmente, no querer do o fato como ‘próprio’ por parte do autor (*animus auctoris*), enquanto o partícipe quer o fato como “alheio” (*animus socii*).

o modo como a imputação foi concretamente formulada, nos processos criminais que tramitam pela justiça paulista contra os policiais militares (seção 3.) e, em seguida, exploraremos duas hipóteses de imputação de responsabilidade às autoridades do poder executivo, Fleury e Campos, a partir da teoria do domínio do fato (4.1.) e da imputação por omissão (4.2.).

3. Policiais Militares: imputação por ação (ou por “concorrer para o resultado”)²⁵

"Sob o Comando do Cel. Ubiratan, os Policiais Militares, tresloucadamente e impelidos sob 'animus necandi', procederam à ocupação de todos os andares do Pavilhão, proferindo inúmeros disparos de projéteis de armas de fogo contra presos alojados no interior de celas e em trânsito desesperado pelos corredores. Em verdadeira ação bélica, pois os Policiais Militares, fortemente armados, desencadearam a maior matança já consignada mundialmente em um presídio. As penas privativas de liberdade a que estavam sujeitos os detentos, transformaram-se, arbitrária e ilicitamente, em penas capitais - 111 (cento e onze) mortos. Com penas menos severas, também impostas pelos agentes da lei, acresça-se outra centena de feridos. Absurda e ilegal, destarte, a forma encontrada para retomar o Pavilhão '9' à sua normalidade, à sua tranquilidade, se é que algum dia assim já esteve".

É assim que a denúncia oferecida contra 120 policiais militares pelo Promotor de Justiça militar, Luiz Roque Lombardo Barbosa, descreveu o episódio que ficou conhecido como o Massacre do Carandiru. Para imputar homicídios e lesões corporais aos membros da polícia militar, o Promotor de Justiça dividiu a ação em duas etapas – a “retomada” dos pavimentos e a “varredura” e, depois, buscou distinguir as ações dos grupos, conforme será indicado a seguir.

De acordo com a denúncia (fls. 38), na primeira fase de atuação, ao retomar os pavimentos, “os grupos de Policiais declinados mataram e tentaram matar, mediante disparos de projéteis de armas de fogo e emprego de instrumentos pérfuro-cortantes” 116 presos (111 morreram e cinco sobreviveram). A responsabilização nessa primeira fase se deu vinculando as tropas que atuaram por pavimento com as vítimas de cada pavimento. Aos policiais que participaram da “retomada do segundo pavimento”, foram imputadas as mortes relativas aos corpos encontrados no segundo pavimento, e assim por diante. Com exceção do Cel. Ubiratan, nesta fase não houve imputação dos oficiais superiores (Coronéis, Tenente Coronéis e Majores), já que a retomada dos pavimentos teria sido comandada diretamente por Capitães

²⁵ Esta seção sintetiza as informações sobre os processos criminais apresentadas em maior grau de detalhe em Machado et alli 2015 e em Ferreira et alli 2012.

da polícia militar²⁶ e seu efetivo composto por Tenentes, Soldados e Cabos. Além de Ubiratan, o único Oficial Superior denunciado por atuação nesta fase foi Luiz Nakaharada que, em razão de sua origem japonesa, foi reconhecido por várias testemunhas como o policial que entrou na cela 339-E (do 3º pavimento) e matou, com metralhadora, os cinco presos que lá estavam.

A segunda fase de atuação - chamada de “varredura” pela denúncia – “consistiu na coordenação, acompanhamento, fiscalização e triagem dos detentos, por ocasião da movimentação de descida para o pátio e subida de retorno às respectivas celas”. Nessa movimentação, os policiais teriam formado “corredor polonês”, agredindo os presos, por meio de espancamento com instrumentos contundentes, ferimentos por instrumentos perfuro-cortantes (facas, estiletes, baionetas) e mordidas de cachorro, de acordo com a denúncia (fls. 65). O resultado dessa segunda fase são lesões corporais em 87 presos. Nesse caso, o promotor entendeu que os policiais não agiram com intenção de matar e, por isso, as condutas foram classificadas como lesões corporais e não como tentativa de homicídio.

No total, 32 policiais militares – entre oficiais e praças – foram denunciados pelas lesões causadas na “varredura”. Embora, de acordo com a denúncia (fls. 65), apenas praças participaram diretamente do “corredor polonês”, os oficiais também deveriam ser responsabilizados porque, no papel de “coordenação direta da movimentação de descida e subida de reclusos às celas”, tinham dever jurídico de “obstaculizar o danoso evento”. Nos termos da denúncia (fls. 65), os oficiais, “ao invés de conferirem proteção aos rendidos, permitiram vergonhosa sessão de espancamentos”.

Não obstante o trabalho realizado pelo promotor para reconstruir os fatos a partir dos depoimentos, as menções envolvendo ações individualizadas deram-se em relação apenas ao comando da operação pelo Cel. Ubiratan, ao comando exercido pelos oficiais na segunda fase de atuação, ao Ten. Cel. Luiz Nakaharada e a três policiais do “Canil”, em relação aos presos que levaram mordida de cães.

De resto, as informações relativas à atuação dos denunciados na operação foram narradas e imputadas por grupos. Na falta do exame de confronto balístico, a Promotoria formulou a imputação com base na ideia de que agiram “com consciência de contribuir para a realização da obra comum”.

Seis dias depois de seu oferecimento, a denúncia foi recebida pelo Juiz auditor da Justiça militar, em decisão que dá início à ação penal perante a Justiça Militar do Estado de

²⁶ Ronaldo Ribeiro dos Santos (2º pavimento), Valter Alves Mendonça (3º pavimento), Arivaldo Sérgio Salgado (4º pavimento) e Wanderley Mascarenhas Souza (5º pavimento).

São Paulo. Durante o processo penal militar, realizaram-se 36 audiências de interrogatório, além de audiências para oitiva de 51 testemunhas.

Encaminhado o caso para julgamento pelo Conselho Especial da Justiça Militar, este se considerou incompetente para julgar e remeteu o processo para a justiça comum. O principal argumento para a decisão foi o de que, “pelos depoimentos colhidos a partir do segundo semestre de 1995 – ficou evidenciado o envolvimento, em tese, de autoridades civis legalmente constituídas à época”. A decisão foi tomada após a promotora de justiça militar, Stella Renata Kuhlmann, apontar que haveria indícios de crimes cometidos pelo então Governador do Estado Luiz Antonio Fleury Filho, Secretário de Segurança Pública, Pedro Franco de Campos e Assessor para Assuntos Penitenciários, Antonio Filardi. Alguns anos depois, a Promotora relatou à revista *Veja* que sofreu ameaças desde que foi sorteada para atuar nesse caso.

Não obstante a manifestação da promotora, nenhuma ação penal foi instaurada contra essas autoridades.

Em 2002, Cel Ubiratan foi eleito deputado estadual por São Paulo com 56.155 votos, com o número de candidatura 11190. Em razão das regras do foro por prerrogativa de função, o processo criminal foi desmembrado em relação a ele e encaminhado ao Tribunal de Justiça. Em março de 1998, Ubiratan perdeu a vaga de suplente ao titular da vaga e, por consequência, a imunidade parlamentar. O processo voltou para a competência do Tribunal do Júri e, em setembro do mesmo ano, o juiz da 2ª Vara decidiu pronunciá-lo. Em junho de 2001, foi julgado e condenado por 102 mortes e cinco tentativas de homicídio. A acusação pediu sua absolvição por nove mortes causadas por arma branca.

Por unanimidade, os setes jurados consideraram o Cel. Ubiratan autor das 102 mortes e das cinco tentativas de homicídios, totalizando uma pena de 632 anos de prisão. Os jurados afastaram a circunstância qualificadora de impossibilidade de defesa das vítimas e foi aplicada, pelo juiz, a pena mínima ao crime de homicídio simples: 6 anos²⁷.

No dia seguinte à sentença, a defesa do Cel. Ubiratan ingressou com pedido de anulação do julgamento, por entender que os jurados foram contraditórios na avaliação dos quesitos. O Tribunal de Justiça iniciou o julgamento do recurso em fevereiro de 2006.

²⁷ A pena-base de homicídio foi aplicada no mínimo previsto em lei para o crime (6 anos) tanto no caso dos homicídios consumados como tentados. De acordo com a sentença, Ubiratan “é primário e não havendo outras causas que justifiquem o acréscimo da reprimenda”, a pena deve ser fixada no mínimo. No caso dos homicídios tentados, a diminuição pela tentativa pode ser de 1/3 a 2/3. A juíza aplicou a redução de 1/3 (pena de 4 anos para cada tentativa) porque considerou que muitas etapas do crime já haviam sido percorridas. A pena total alcançou 632 anos: 102 homicídios x 6 anos = 612 anos; 5 tentativas x 4 anos = 20 anos. Por fim, 612 anos + 20 anos = 632 anos (conforme fl. 12462 da ação penal n. 0338975-60.1996.8.26.0001).

Ubiratan tornou-se deputado estadual e, novamente por conta das regras de prerrogativa de foro, seu recurso foi analisado pelo Órgão Especial do Tribunal. Por 20 votos a dois, esse órgão decidiu pela absolvição do coronel²⁸. A maioria dos desembargadores entendeu que a absolvição era a vontade do júri ao responder os quesitos que foram considerados válidos²⁹.

A decisão teve grande repercussão negativa, com manifestações da sociedade civil e de autoridades envolvidas no caso. A decisão gerou controvérsia porque comumente, em apelação, o Tribunal mantém a decisão dos jurados ou anula o júri, determinando outro julgamento. Neste caso – de forma atípica – o júri não foi anulado: sua decisão foi interpretada pelo TJSP de forma diferente do que entendeu a juíza que presidiu o julgamento.

Sete meses depois da absolvição pelo Tribunal de Justiça, o Cel. Ubiratan foi encontrado morto em sua casa³⁰. No mesmo quartel em que celebrou sua absolvição pelo massacre, o corpo de Ubiratan foi enterrado, em solenidade para mais de 400 pessoas. O ex-governador Fleury compareceu à cerimônia, oportunidade em que afirmou que “a responsabilidade pelo que houve no Carandiru é toda minha”.³¹

Enquanto esse era o destino que tomava o processo do Cel Ubiratan, o processo criminal em face dos demais policiais se arrastou longamente e permaneceu um período de quase dez anos parado no Tribunal de Justiça de São Paulo aguardando decisão que validava a decisão de pronúncia. No período que antecedeu o aniversário de 20 anos do Massacre, o processo voltou a andar.

Nos 20 anos que separam o Massacre e o julgamento, 24 réus morreram, sobrando 79 acusados. O processo na época do julgamento em primeira instância já contava com 57 volumes, 111 apensos e 50 mil páginas.

²⁸ Apenas o relator Mohamed Amaro e o revisor Vallim Belocchi, votaram pela manutenção do julgamento e da pena imposta pelo Tribunal do Júri. O Órgão Especial do TJ-SP é composto por 25 desembargadores, e apenas 22 votaram neste julgamento.

²⁹ Segundo os desembargadores que decidiram pela absolvição, os jurados teriam aceitado a tese de estrito cumprimento do dever legal e, ainda assim, teriam votado o item que questionava excesso doloso por parte do coronel. Para o TJ, a resposta do primeiro item teria tornado nulo o segundo quesito. Em seu voto, o relator do acórdão explica que já absolvido o réu diante do reconhecimento das excludentes, o certo seria considerar os quesitos seguintes prejudicados e, logo, encerrar a votação (antes do reconhecimento do excesso doloso) (TJSP, AC 918287577.2003.8.26.0000).

³⁰ A polícia civil investigou o caso sob a hipótese de que se tratava de crime passional, muito embora houvesse suspeita de ação do crime organizado especialmente do Primeiro Comando da Capital (PCC) (*Folha de São Paulo*. “Coronel Ubiratan é encontrado morto”. São Paulo, Folha de São Paulo, 11 de setembro de 2006). Esta última hipótese foi rapidamente descartada pelo então governador Cláudio Lembo, e as investigações voltaram-se para Carla Cepollina, ex-namorada do coronel. Carla Cepollina foi denunciada e levada a julgamento pelo Tribunal do Júri. Em 2012, ela foi absolvida por ausência de provas pelo crime de homicídio triplamente qualificado.

³¹ *Folha de São Paulo*, “Corpo de coronel é enterrado sob aplausos”. São Paulo, 12 de setembro de 2006. (matéria de Laura Capriglione e Mariana Tamari).

Em razão do grande número de réus e da complexidade do processo, o juiz do Tribunal do Júri, José Augusto Nardy Marzagão, acordou com acusação e defesa a divisão do julgamento em quatro partes. O magistrado dividiu o julgamento com base na ordem da denúncia feita pelo Ministério Público, isto é, com base na atuação dos policiais por cada andar (ou “pavimento”) do Pavilhão 9. Os quatro julgamentos ocorreram entre 2013 e 2014.

Dos 320 PMs que participaram da operação, 123 foram denunciados e processados criminalmente — apenas aqueles que em depoimento no inquérito policial militar declaram ter atirado. Desses, há sentenças condenatórias proferidas em relação a 73 réus - os demais faleceram ou foram absolvidos. Esses julgamentos poderão ainda ser objeto de recurso.

Em todos os julgamentos, a individualização das condutas praticadas pelos policiais foi a questão central que permeou os debates entre acusação e defesa³². Para a defesa, a realização de exame balístico seria uma prova essencial tanto para acusação quanto para a defesa e, sem esse documento, o que existiria seriam “acusações genéricas”. Já a promotoria entendeu que não haveria a necessidade de individualizar a ação ocorrida dentro do pavimento e o confronto balístico não seria, para a acusação, uma prova determinante.

O que prevaleceu nos dois processos analisados nesta seção foi imputação por ação, em duas modalidades. A de Ubiratan por ter dado a ordem de invasão e a dos PMs por terem atuado diretamente na invasão e na execução dos disparos com arma.

Para a imputação dos PMs utilizou-se aqui a formulação ampla de autoria, consoante o artigo 29 - quem de qualquer modo contribuiu para a morte. Assim, foram imputados por todas as mortes que aconteceram no pavimento em que atuaram, sob a formulação de que todos concorreram para que acontecessem. Essa forma de imputação de autoria foi questionada pela defesa no processo, que levantou o princípio da imputação e culpa individuais em direito penal. Segundo o conceito de autoria defendido pela defesa, cada PM deveria ter sido responsabilizado apenas pelos disparos que realizaram e pelas mortes específicas causadas por tais disparos. Essas duas formas de construção da autoria dos PMs ainda estão em disputa, sendo uma das controvérsias submetidas às instâncias recursais.

³² Este exame, embora requerido pela autoridade militar que conduziu o inquérito, não foi feito em razão de dificuldades técnicas apontadas pelos peritos do Instituto de Criminalística, que o tornariam inviável em tempo razoável: “O I.C. constatou que seria necessário a realização de 61.280 exames de confronto balístico, ou seja, 383 armas multiplicados por 130 projéteis, fator que tornou inviável a realização dos referidos exames; visto que este é realizado em aparelhagem específica, por inspeção e pesquisa, ocular e individual, das características microscópicas dos projéteis, em busca de uma associação de elementos de certeza. Deste modo, torna-se imprevisível o tempo necessário para realização de um único exame de confronto. Segundo o I.C., tal quadro se agrava, considerando-se que sua demanda, neste tipo de perícia, conforme registros, é de cerca de 100 (cem) laudos por mês, em atendimento a Capital e Interior do estado, produção esta decorrente do grau de dificuldade já exposto” (Relatório final do IPM, sobre o laudo pericial realizado – fls. 4024-4035).

4. Autoridades civis: outras hipóteses de imputação

A imputação apenas aos PMs que invadiram o pavilhão 9 pressupôs um conceito de autoria muito próximo à execução da ação típica. Não foram consideradas outras possibilidades, como a imputação às pessoas que estavam por trás da ordem de executar ou a imputação daqueles que deveriam ter agido para impedir o resultado.

Diante dos limites dos critérios de autoria utilizados, das dificuldades de imputação e dos resultados criticáveis que sua aplicação enseja, buscamos levantar alternativas às escolhas de imputação tal como se deram. Notamos que uma possibilidade de superação dessas limitações se dá pela reinterpretação do próprio conceito de autoria, mas outra possibilidade de articulação das responsabilidades é a imputação não apenas pela ação, mas também pela omissão. Para ilustrar essa diversidade de soluções levantamos aqui duas hipóteses, que se colocavam como opções e não foram acionadas pelo sistema de justiça: a aplicação da teoria do domínio do fato para definir autoria e as imputações por omissão.

É preciso notar que não há uma única forma ou uma forma a priori melhor que outra para lidar com as limitações de determinados conceitos dogmáticos diante de casos concretos. Não pretendemos fazer uma discussão defendendo determinado modelo, mas apenas contribuir para o debate político e jurídico sobre responsabilização por meio da apresentação das alternativas presentes no direito brasileiro.

4.1. Imputação por domínio do fato

Uma das formas de ampliar o conceito de autoria, para abarcar pessoas que não necessariamente estejam próximas da execução material do ato vem sendo explorada por meio da ideia de autoria por domínio do fato. Essa modalidade de imputação poderia ter sido levantada para discutir a responsabilidade não somente do Cel. Ubiratan, mas das demais autoridades envolvidas no caso. A pergunta a ser respondida aqui é: quem tem domínio sobre um ato criminoso? Aquele que puxa o gatilho tem o domínio imediato sobre o ato. Mas esta teoria tenta dar critérios para reconhecer uma outra forma – mediata - de domínio sobre o fato. Levanta, assim, a possibilidade de atribuição de autoria – por domínio do fato - aos que estão por detrás da execução propriamente do ato e que exercem ascendência sobre ela.

A teoria do domínio do fato consiste na atribuição da autoria final àquela pessoa que controla a execução do fato crime, ainda que não seja ela quem pratique o verbo núcleo do tipo³⁶. Nas palavras de Welzel³⁷:

“Autoría final es la forma más abarcadora de dominio final. El autor final es señor y dueño de su decisión y su ejecución, y conesto, duño y señor de “su” hecho, al cual le da forma conscientemente en su existencia y en su forma. Instigador y cooperador tienen también un cierto dominio sobre el “hecho”, pero solo sobre su contribución. El hecho en sí está solo bajo el dominio final del autor. De acá que su participación es solo contribución en um hecho ajeno. El instigador incita al hecho ajeno y el cooperador lo apoya, pero el dominio final sobre la decisión y su ejecución real lo tiene solo el autor.” (WELZEL, 2007, pp. 82-83).

O penalista alemão Claus Roxin, para tratar da imputação de autores mediatos, ou seja, daqueles que dominam o fato, mesmo sem executá-lo diretamente, em 1963, utilizou a autoria do domínio do fato ao lidar com o famoso caso Eichmann (Roxin, 2000). Eichmann fora funcionário do regime nazista e foi levado a julgamento em 1961 pela Corte Distrital de Jerusalém, acusado de cometer crimes contra o povo judeu, contra a humanidade e crimes de guerra³⁹. Pensando nesse caso, em que se discute a imputação de um burocrata que estava ligado aos atos que levaram às mortes dos judeus, mas que não as executara pessoalmente, Roxin desenvolve critérios para definir quem domina um fato e pode ser imputado como autor, mesmo não sendo o executor direto⁴⁰.

O executor e o homem de trás exercem formas diferentes de domínio do fato, que não se excluem mutuamente. O homem de trás possui o domínio não do ato, mas da organização, ou seja, exerce uma influência tal na estrutura de poder que lhe garante o

³⁶ Nota-se a importância da noção de autoria mediata para a teoria do domínio do fato, pois “[t]odo o processo de realização da figura típica, segundo essa teoria, deve apresentar-se como obra da vontade reitora do “homem de trás”, o qual deve ter absoluto controle sobre o executor do fato.” (BITENCOURT, 2003, p. 388).

³⁷ A criação da teoria do domínio do fato é atribuída a Welzel, embora se reconheça também contribuições de outros autores, como Lobe e Hegler (cf. JESCHECK e WEIGEND 2002, p. 701 e ALFLEN 2014, p. 139).. Roxin destaca a dificuldade de proceder a uma autêntica evolução histórica da teoria do domínio do fato, pois “[e]l inicio de su avance [da teoria] hasta convertirse en la concepción hoy casi dominante se remonta a WELZEL; pero las características del concepto proceden de HEGLER, y su contenido material puede rastrearse hasta los comienzos de las teorías de la participación.” (ROXIN, 2000, p. 85). Para fins deste texto, importa considerar que o campo da dogmática penal vem há muito tempo refletindo sobre essa forma de conceber a autoria.

³⁹ Para uma descrição do caso Eichmann e a discussão sobre as implicações políticas e morais da responsabilização, ver Arendt, 2004..

⁴⁰ Para além do caso que originou a reflexão de Roxin, a importância da contribuição do conceito de autoria mediata e, conseqüentemente, da teoria do domínio do fato para a discussão sobre responsabilização em violação de direitos humanos por intermédios de aparatos organizados de poder em AMBOS E MEINI, 2010.

domínio na produção do resultado, sem que a execução se dê por suas próprias mãos (Roxin, 2006, p. 79).

Assumindo-se que é possível compreender uma forma de autoria por domínio da organização, passa-se então a definir quais os requisitos para se reconhecer essa posição. A formulação inicial de Welzel (autoria final) e as posteriores contribuições de Roxin e os critérios por ele estabelecidos vêm sendo discutidos e disputados por diferentes autores e aplicadores⁴¹. Não retrataremos amplamente esse debate, pois não se trata aqui de defender especificamente essa forma de imputação em face de outras. Os critérios gerais traçados por Roxin são suficientes para levantar a possibilidade de uso desses critérios em nosso caso e construir um exemplo de alternativa de imputação em que se coloca (ou, no caso, se colocou) a escolha política de quem imputar.

Claus Roxin desenvolveu inicialmente sua teoria para lidar com casos envolvendo aparatos organizados de poder. Em contextos desse tipo, Roxin considera autores mediatos os ocupantes de altos cargos que dão ordens, não intervindo diretamente na execução do ato, mas, entretanto, dominando sua realização. Trata-se daqueles que exercem poder de mando dentro de uma organização. Seriam também co-autores, neste sentido, não apenas o chefe máximo de uma organização, mas também todo aquele que no âmbito da hierarquia transmite a instrução delitiva com poder de mando autônomo. Ou seja, situações em que é possível a formação de uma cadeia de autores, incluindo-se o executor imediato. O denominado “homem de trás” controla o resultado típico através da estrutura de poder, sem levar em consideração aqueles que atuam diretamente como executores.

Estes se caracterizam por sua fungibilidade e por sua atuação automática no âmbito da organização. A tese desenvolvida é a de que "em uma organização delitiva os homens de trás, que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis" (2009: p.69).

As características dos aparatos organizados de poder seriam, segundo esse esquema teórico, a pluralidade de sujeitos ativos, a estrutura organizada hierarquicamente com divisão de trabalho, o mecanismo funcional da organização, que, ao ser acionado, funciona de maneira automática, a fungibilidade do executor e que o aparato esteja à margem da lei.⁴² A

⁴¹ Ele próprio reajusta e rebate várias das reformulações que seu conceito inicial sofreu no texto ao longo dos anos. Exemplificativamente ver Roxin, 2009, p. 71.

⁴² Cf. MUÑOZ CONDE, 2000, p.104 e ss. Na literatura estrangeira, há uma disputa doutrinária sobre a imprescindibilidade desses critérios para a imputação do autor mediato. Alguns autores consideram que a

responsabilidade por domínio do fato por meio do controle de um aparato organizado de poder se dá na medida em que um superior dá uma ordem que é transferida e executada automaticamente por seus inferiores.

Dos critérios elencados, os que se referem à organização e funcionamento da estrutura são facilmente identificáveis quando olhamos a estrutura da Polícia Militar, já que estamos aqui lidando com atos praticados dentro de uma estrutura hierarquizada, com cadeias de comando definidas que vão desde as autoridades civis no âmbito do Governo do Estado - governador e secretário de segurança pública sucessivamente - que exercem o controle do órgão militar, passando-se então à cadeia sucessiva de hierarquia de patentes dentro da corporação militar.

Desse modo, uma ordem que começa no Governador do Estado seria transmitida por muitos autores mediatos, nos diferentes níveis de hierarquia de mando. Os executores de própria mão, ou seja, os soldados da Polícia Militar, poderiam ser considerados fungíveis - ou seja, no âmbito desta organização, se algum dos 350 soldados que participaram da invasão eventualmente se recusasse a cumprir a ordem, haveria outro para executá-la. Além disso, as próprias engrenagens da organização garantiriam o cumprimento da ordem. A estrutura militarizada e hierarquizada da PM, a cultura da obediência, a organização do sistema meritório e de aplicação das faltas disciplinares⁴³, tornariam reduzidas as chances de que uma ordem de um superior não seja executada. Isso quer dizer que dada a ordem de invasão, os executores individualmente não poderiam modificar o curso dos acontecimentos; a estrutura garantiria a execução da ordem e a recusa de um dos soldados nada ou pouco mudaria.

Roxin pensa o último critério, o da ilegalidade da organização, como essencial para garantir que a ordem da prática de um crime seja cumprida. A exigência feita por ele de que a organização seja "fora da lei" é bastante questionada por outros autores penalistas. Em suas próprias palavras, "esta exigência é discutida até entre os partidários de minha teoria"⁴⁴. Ou seja, no debate dogmático há diferentes formas de se construir a autoria mediata por domínio do fato e dentro dos critérios exigidos para se reconhecer o domínio da organização, há quem defenda que a ilegalidade da organização não seja essencial. De qualquer forma, seguindo os

fungibilidade não é imprescindível; outros consideram que não é imprescindível que o aparato organizado de poder esteja à margem do ordenamento jurídico, ver AMBOS, 1998, p. 50.

⁴³ Em levantamento realizado pelo Núcleo sobre as faltas disciplinares dos envolvidos no Massacre observamos que jamais existiu processo disciplinar apurando as mortes dos detentos, mas havia muitos processos que se referiam a indisciplina, mal uso da farda e dos símbolos da corporação. Machado et alii, 2015.

⁴⁴ Uma das críticas importantes a esse critério da teoria de Roxin é feita por Kai Ambos em AMBOS 1998.

critérios de Roxin, seria possível argumentar que o caso daquela atuação da Polícia Militar paulista se encaixaria também nesse critério.

Isso porque quando Roxin se refere a uma organização “desvinculada do direito”, ele não quer se referir apenas a organizações ou grupos dedicados exclusivamente a práticas criminosas. Segundo ele,:

“o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do direito em todos aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele. As medidas tomadas pela DDR e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente; porém os âmbitos de atuação, como o ‘impedimento de fuga da República através de disparos mortais’ ou, apenas para mencionar o caso mais assustador, a ‘solução final para o problema relativo aos judeus’, caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do direito” (Roxin, 2009, p. 81)

Desse modo, trata-se de pensar a “desvinculação do direito” não da organização como um todo ou de todos os seus âmbitos de atuação (o que seria difícil reconhecer no caso de toda a Polícia Militar do Estado de São Paulo), mas inserida no que Roxin indica como “marco dos tipos penais realizados”. Os tipos penais de que se trata foram realizados no marco da operação de invasão da Casa de Detenção e esta sim pode ser colocada no campo da ilegalidade, já que reconhecidamente atingiu níveis extremos de brutalidade, extrapolando os limites do direito. Essa condição é retratada, dentre outros documentos, pelo Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos que pela primeira vez define a ação como um “Massacre” e que relata a falta de proporcionalidade da reação da Polícia e sua manifesta ilegalidade diante da “obrigação do Estado de debelar a revolta e a proporcionalidade da força necessária”⁴⁵.

A ideia de Roxin de pensar a organização como desvinculada do direito tem por objetivo contextualizar a ação dos indivíduos envolvidos nos atos típicos: se seus atos

⁴⁵ Nos termos do relatório: “62. O Estado tem o direito e o dever de debelar um motim de presos, tal como sustentou a Corte no caso Neira Alegria. Na sua subjugação devem ser adotadas estratégias e ações indispensáveis para sufocá-lo com o mínimo de dano à vida e à integridade física dos reclusos e o mínimo de risco para as forças policiais. 63. A ação da polícia, conforme se acha descrita na petição e foi confirmada pelas investigações oficiais e o parecer de peritos, foi efetuada com absoluto desprezo pela vida dos detentos, demonstrando-se uma atitude retaliativa e punitiva, absolutamente contrária às garantias que a ação policial deve oferecer. A Comissão registra que as mortes não decorreram de ações em legítima defesa, nem para desarmar os detentos, uma vez que as armas de que dispunham, de fabricação caseira, haviam sido depositadas no pátio ao entrarem os policiais. Não se comprovou a existência de arma de fogo alguma em poder dos rebeldes, nem que tenham feito disparo algum de arma de fogo contra a polícia. Sua atitude violenta inicial foi rapidamente superada pela entrada maciça da polícia fortemente apetrechada.” (grifos nossos)

individuais foram isolados ou estavam inseridos de alguma forma em um certo *ethos* da organização. Ele explica, “por exemplo, se o assassinato dos fugitivos do muro fosse de modo geral proibido e tivesse sido somente resultado de ordens de funcionários arbitrários, então tais acontecimentos seriam ações isoladas e deveriam ter sido tratados de acordo com as regras da instigação e da autoria. O soldado da fronteira também teria podido então, a qualquer tempo, recusar-se a subordinar à legislação da DDR e à sua respectiva praxis” (Roxin, 2009, p. 82). Ou seja, trata-se de verificar com esse critério se a organização favorece institucionalmente a prática dos crimes, de modo que eles não sejam vistos como atos isolados – fruto de arbítrio ou decisões individuais.

O Relatório da Comissão, embora não esteja discutindo esse conceito explicitamente, parece se preocupar em argumentar a importância do cenário institucional da época, em que os índices de violência praticados por policiais dessa corporação contra civis eram notórios. Sob o título "padrão de violência da Polícia Militar paulista", o Relatório estabelece que:

"59. Nessa época, o histórico da Polícia Militar de São Paulo era de uso excessivo de violência na sua luta contra o crime. Do total de mortes violentas ocorridas em São Paulo no ano de 1991, 25% (1.140) foram atribuídas à polícia, segundo uma investigação parlamentar da época. Durante a administração de Antonio Fleury Filho (1991-1992), a PM matou uma pessoa a cada sete horas, em comparação com o índice de uma a cada 17 horas nas duas administrações anteriores (1982-1991) e de uma a cada 30 horas na administração de 1978-1982. Uma comissão de inquérito da Assembléia Legislativa Estadual comprovou que 14 dos oficiais superiores que se encontravam no dia 2 de outubro de 1992 no comando da operação de subjugação do motim eram acusados de homicídio ou de tentativa de homicídio em 148 processos em curso na justiça militar."

Dessa forma, o diagnóstico da Comissão Interamericana de Direitos Humanos daria elementos para se pensar os homicídios dos presos do Carandiru inseridos na prática institucional e nos padrões de violência contra civis praticados pela Polícia Militar. É possível argumentar que já existia um aparato institucional que teria garantido o resultado e que a invasão do Carandiru não teria sido um ato de violência isolado nas práticas dessa instituição.. Ou seja, seguindo essa linha de argumentação, o resultado trágico não teria ocorrido se os indivíduos que invadiram o local tivessem agido por transgressão às regras e aos costumes da organização. Para utilizar as expressões de Roxin, o sistema trabalhava “criminosamente

(desvinculado do direito) como um todo”, de modo a garantir que as instruções do homem de trás fossem efetivas.

Nessa configuração, se confirmados tais elementos, seria possível pensar em imputar responsabilidades a todas as autoridades que estavam na cadeia de comando que liga os cargos ocupados por membros do Governo do Estado com as posições de comando dentro da estrutura da PM, por terem atuado como irradiadores e transmissores de decisões que desencadearam a ação.

Um processo que investigasse esta hipótese teria que reconstruir a ordem de invasão para se pensar quais são as pessoas que, atuando como "homens de trás", detinham a alavanca de poder e decidiram sobre o "se" do fato, independentemente dos executores diretos responsáveis pela situação concreta de atuação (2006, 73).

Como jamais se formulou a imputação que permitiria a investigação da responsabilidade do Secretário de Segurança Pública e do Governador do Estado, os elementos fáticos que envolveram a ordem da invasão nunca chegaram a ser investigados. Permanecem, como vimos, até hoje, como narrativas controversas e escolhas políticas de responsabilização não acionadas.

A noção de autoria por domínio do fato tem por objetivo evitar a diminuição da responsabilidade em razão do afastamento da execução da ação, já que do ponto de vista das relações de poder, a responsabilidade justamente se amplia conforme percorremos uma cadeia de poder que se afasta do ato em si.

No processo criminal instaurado a partir do Massacre do Carandiru, o que se deu foi exatamente o oposto. A imputação de responsabilidade individual voltou-se aos executores imediatos e não ultrapassou os cargos de comando no interior da Polícia Militar. Um conceito de autoria capaz de reconhecer a responsabilidade em função da relação de poder e não do ato material da execução não foi aventado no caso. O que nos importa demonstrar é que não haveria óbices no sistema brasileiro de reinterpretar o conceito de autoria nesses termos.

Sabe-se por exemplo que o Supremo Tribunal Federal utilizou a teoria do domínio do fato ao julgar a AP 470, o famoso caso do “Mensalão”.

Nesse caso, o termo “domínio” foi utilizado pelo Procurador Geral da República Antonio Fernando Barros e Silva de Spuza, na denúncia, ao afirmar que todo o “esquema criminoso” teria ocorrido “sob as ordens do denunciado José Dirceu, que detinha o domínio funcional de todos os crimes perpetrados.” (STF, AP 470, denúncia, p. 25).

A menção expressa à teoria do domínio do fato foi utilizada por alguns Ministros no acórdão condenatório. Ao condenar parte dos acusados, a Ministra Rosa Weber comparou a imputação de dirigentes de empresas à de generais de guerra (“Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais”), e sustentou, em seguida, que

“a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria”. (STF, AP 740 p.52776).

Os Ministros Gilmar Mendes (56771-56772, Dias Toffoli (fl. 56182), Joaquim Barbosa (fl. 56318) também mencionaram a teoria em seus votos condenatórios. A função “instrumental” da teoria nos casos em que seria difícil a individualização da conduta também foi ressaltada por alguns Ministros⁴⁶. Já o Ministro Ricardo Lewandowski citou diversos doutrinadores críticos à banalização da teoria e concluiu, em seu voto absolvendo o acusado José Dirceu, que a teoria do domínio do fato não comportaria aplicação ao caso (fls. 56568-56569). Em sua crítica:

⁴⁶ “A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Em função ainda da teoria do domínio do fato. Pelo menos no meu voto, pela forma de julgamento segmentado, às vezes as premissas teóricas ficaram um pouco afastadas. O que aconteceu? Inúmeras defesas invocaram a inépcia da denúncia por falta de individualização das condutas. De fato, quando se tratava do núcleo político, havia nome, endereço, telefone, CPF. Havia tudo. Agora, com relação ao núcleo operacional, especificamente ao núcleo societário, não só o Banco Rural, mas ainda com relação às empresas de Marcos Valério, no que dizia respeito a Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça (...) O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – A serventia da Teoria do Domínio do Fato é instrumental; ela ajuda a individuar a responsabilidade penal (...)” (fls. 56845-56846).

(...) Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo *Parquet* como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à minguada do medicamento processual apropriado. No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém. Não quero dizer com isso que tal teoria não tenha espaço em situações especialíssimas, como na hipótese de sofisticadas organizações criminosas, privadas ou estatais” (fls. 56565).

Além disso, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski gerou diversas discussões entre os Ministros sobre, por exemplo, a legitimidade de aplicação de uma teoria importada da dogmática alemã⁴⁷ e a existência de dissenso teórico no campo penal entre partidários e críticos dessa formulação de autor⁴⁸.

Uma das críticas feitas a utilização da teoria no caso “Mensalão” é a aparente confusão feita por alguns Ministros ao recorrer ao termo “domínio do fato” quando estavam se referindo, em verdade, à fundamentação de uma posição de garantidor nos termos da dogmática dos delitos de omissão imprópria” já que na decisão não haveria referências a ordens concretas pelos “homens de trás” (GRECO, Luis e LEITE, Alaor, 2015, p. 390). Luis Greco e Alaor Leite também criticaram o fato de alguns Ministros utilizarem a teoria para

⁴⁷ “O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Senhor Presidente, permito-me trazer à colação um dado da minha experiência pessoal. Quando eu era jovem e cursava o ginásio, naquela época, eu tive um excelente professor de literatura. Ele disse uma frase que me marcou profundamente. Foi a seguinte: alguns movimentos intelectuais - literários, científicos etc. - que se processam no mundo chegam ao nosso País com cinquenta anos de atraso. E, aí, nós vamos aplicá-los aqui. Eu quero crer, e temos, Senhor Presidente, que nós vamos aplicar essa teoria com o mesmo atraso, porque, ontem, eu recebi...”

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Isso não faz justiça à intelectualidade brasileira em geral e nem a jurídica. Não faz justiça esse tipo de crítica” (fls. 56586-56588). .

⁴⁸ **O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR)** - Eu, ontem, recebi da Inglaterra um texto de um eminente jurista alemão, chamado Thomas Weigend. Ele é professor da Universidade Köln, Colônia, na Alemanha. Esse artigo foi publicado no "*Journal of Criminal Justice*" em setembro de 2011, portanto, recentíssimo. Esse *Journal* é uma revista e é publicada pela *Oxford University Press*. Esse professor Thomaz Weigend deve ser, provavelmente, um colega de Roxin, porque ele chama Roxin de "meu caro amigo, meu caro colega". É um longo artigo que tece críticas à teoria do domínio do fato. Veja o que nele se diz - já pelo título, Vossas Excelências poderão ver: "*Perpetration through an Organization*" - Cometimento através de uma organização. Subtítulo: "*The Unexpected Career of a German Legal Concept*" - A carreira inesperada de um conceito legal germânico. E ele demonstra, num longo artigo, inclusive analisando uma decisão da Corte Penal Internacional, e fundando nela suas ilações intelectuais, seu raciocínio - é o caso "Katanga x Chui" -, que essa teoria está ultrapassada, tem falhas. É um artigo do ano passado, publicado em Oxford. Mas, enfim, Senhor Presidente, pensei em rebater, mas não vou fazê-lo, porque tenho a maior simpatia e apreço pela competência intelectual do eminente Ministro Gilmar Mendes, aquela observação que Sua Excelência fez, ao encontrar uma contradição em meu voto, até com base naquilo que afirmei em sessões anteriores e reproduzindo pronunciamento de Colegas feito em plenário. Mas deixo isso para uma outra ocasião” (fls. 56586-56588) E, também, debate entre os Ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello (fls. 56814-56818)

contornar a dificuldade da prova na persecução da criminalidade econômica, uma vez que nesses crimes “nem sempre é possível reconstruir a longa e anônima teia entre ordem e execução de ordem com o grau de certeza exigido pelo processo penal” (idem, p. 391).

Não pretendemos no âmbito deste texto discutir a conveniência ou não da utilização do conceito de domínio do fato na Ação Penal 470, no Caso Carandiru ou em outro qualquer, mas chamar a atenção para o fato de que essa formulação se apresenta como uma alternativa de imputação. O fato de ter o Supremo Tribunal Federal aplicado esse conceito explicita que a ordem jurídica brasileira comporta formulações de autoria além das tradicionais ligadas à execução material da ação e que a responsabilidade dos “homens detrás”, desse modo, pode ser problematizada a partir das categorias dogmáticas disponíveis no direito penal.

O debate sobre autoria não se resume à teoria do domínio do fato. Há outras possibilidades e formulações em disputa. Tratamos aqui de levantar apenas uma das formas de imputação, diferente da que foi exercida no caso concreto. O que nos parece importante é apontar para a insuficiência das soluções baseadas na vinculação causal dos autores e a necessidade de se discutir mais detidamente sobre outras formas de se solucionar o déficit de imputação a pessoas que detém poder sobre o ato, embora estejam distantes de sua execução. Exploramos abaixo outra possibilidade de imputação presente em nosso sistema e que pode ser também utilizada para superar os problemas de imputação individual: a imputação de responsabilidade por omissão daquele que deveria ter agido para evitar o resultado.

4.2. Imputação por omissão

Há no sistema penal brasileiro a possibilidade de imputar responsabilidade a alguém por ter agido ou por ter se omitido⁴⁹. No que diz respeito à estrutura da imputação, a omissão pode ser caracterizada de duas formas – a omissão própria⁵⁰ e a imprópria (crimes comissivos por omissão)⁵¹. Na omissão própria, a conduta diretamente descrita no próprio tipo penal é

⁴⁹ Para uma distinção pormenorizada sobre as condutas comissiva e omissiva, ver JAKOBS (1997, pp. 175 e ss.) e JESCHECK e WEINGEND (2002, pp. 648-651).

⁵⁰ “Os crimes omissivos próprios ou puros consistem numa desobediência a uma norma mandamental, norma esta que determina a prática de uma conduta, que não é realizada. Há, portanto, a omissão de um dever de agir imposto normativamente.” (BITENCOURT, 2003, p. 172).

⁵¹ “Nesses crimes, o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a obrigação de agir para evitar um resultado, isto é, deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento. Nos crimes comissivos por omissão há, na verdade, um crime material, isto é, um crime de resultado. São elementos dessa modalidade de omissão, segundo o art. 13, § 2º, do nosso Código Penal: a) a abstenção da atividade que a norma impõe; b) a superveniência do resultado típico em decorrência da omissão; c) a ocorrência da situação geradora do dever jurídico de agir.” (BITENCOURT, 2003, p. 173).

uma conduta omissiva (eg. omissão de socorro⁵²). Pode haver o resultado, mas ele não faz necessariamente parte do tipo, não se liga com o dever de agir dirigido ao omitente que, se violado, já consuma o crime. Os delitos de omissão imprópria, por sua vez, são construídos a partir dos tipos de ação (ex. matar alguém), mediante sua combinação com a regra geral que imputa a omissão daqueles que ocupam a posição jurídica de “garante” (artigo 13, parágrafo 2o do CP).

Embora existam tipos formulados diretamente na forma omissiva, os casos mais frequentes de omissão são os de omissão imprópria (também chamados de “delitos de comissão por omissão”). Estes se diferenciam dos tipos de omissão própria também por não se esgotarem no não-cumprimento de um mandato exigido por lei. Envolvem a realização de um resultado. O resultado é um dos elementos-chave para o estabelecimento do vínculo entre indivíduo e imputação: deve-se constatar que a pessoa a ser imputada poderia ter agido para evitar o resultado. Trata-se do estabelecimento de uma causalidade hipotética - o resultado muito provavelmente teria sido evitado se o omitente tivesse agido⁵³.

Nem todos podem ser autores de um delito de omissão imprópria, pois “não existe um dever de ajudar em todo momento que seja necessário, cujo descumprimento seja punível” (JESCHECK, 1996, p. 668). A equivalência de uma omissão em relação a uma ação pressupõe – além da causalidade hipotética – um “fundamento jurídico especial”, um dever jurídico especificamente dirigido a um determinado sujeito, que o faça responder como garante da evitação do resultado⁵⁴.

Desse modo, para abarcar essa modalidade de omissão, a explicação dogmática sobre a estrutura básica do tipo teve de ser modificada: não se trata de pensar um nexo entre ação e resultado, mas a condição jurídica de garante e a não-evitação do resultado.

A partir daí, para pensar em quem, dentre os que não agiram, pode ser responsabilizado pela omissão significa, para esta regra de responsabilização, definir quem tinha o dever jurídico de agir⁵⁵. A parte geral do nosso Código Penal (art. 13, parágrafo 2o)

⁵² Art. 135 do Código Penal: Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

⁵³ Pode-se dizer que a doutrina chegou, majoritariamente, a um acordo em relação à seguinte formulação: atribui-se o resultado a uma omissão (imprópria) a partir de um nexo de causalidade hipotético (não se poderá falar em certeza, nem em exame com base em curso real) de que, com a execução da ação omitida, o resultado teria sido evitado com uma probabilidade muito próxima da certeza. (JESCHECK, 1996, p. 656 e 667).

⁵⁴ O parágrafo 13, I, do CP alemão define como autor do delito de omissão imprópria aquele que tenha de se “responsabilizar juridicamente” para que o resultado não ocorra.

⁵⁵ Para uma visão aprofundada sobre a teoria de delitos por omissão, ver TAVARES (2012).

reconhece como causas que originam deveres jurídicos de garantes: a lei, o contrato e o atuar precedente perigoso (chamado também de ingerência).

Assim, no caso de se inquirir sobre a responsabilidade por omissão das autoridades públicas envolvidas no Massacre teria que se verificar se poderiam ser consideradas garantes, além de sua possibilidade de evitar o resultado. Como estamos diante de pessoas exercendo papéis regulamentados, a verificação dos seus deveres jurídicos decorre da análise do conjunto de normas que regem suas funções institucionais.

Para exercitar a factibilidade dessa outra forma de atribuir responsabilidades, analisaremos aqui o conjunto de normas que regulam os cargos de Governador do Estado e Secretário de Segurança Pública. São tais normas não penais que definem se eles estariam ou não posicionados como garantes, nos termos do art. 13, § 2º, alínea, a, CP, ou seja, por terem o dever legal de agir para evitar o resultado.

O art. 144, §6º, da Constituição Federal subordina a polícia militar ao governador do Estado. Daí decorre sua responsabilidade, como garante, pelos atos praticados por essa corporação. Sua posição de responsável pela instituição fundamentaria seu dever de agir para evitar resultados lesivos, ainda que não tenha nenhuma relação com as ordens ou ações que os desencadearam.

Já o Secretário de Estado dos Negócios da Segurança Pública tem suas atribuições definidas pela Lei Complementar nº 207 de 1979 (Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo). O artigo 1º desta lei determina que a Secretaria de Segurança Pública executará o serviço policial por meio dos órgãos policiais que a integram, e o artigo 2º estipula que tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Civil são órgãos “subordinados hierárquica, administrativa e funcionalmente ao Secretário da Segurança Pública”. Essa previsão justificaria legalmente sua posição de garante perante os atos da polícia militar. Lidas em conjunto, a norma constitucional e a LC n. 207 estabelecem uma cadeia hierárquica em que o Secretário de Segurança é diretamente responsável pela PM e se reporta ao Governador de Estado, que é constitucionalmente responsável por ela. De ambos é possível exigir que atuem para evitar ou interromper condutas lesivas por parte de membros dessa instituição.

Apenas a título de argumentação sobre as categorias dogmáticas, poderíamos pensar ainda na viabilidade de reconhecer em relação a eles também as circunstâncias que os caracterizariam como garantes por ingerência – o que seria importante apenas no caso em que não houvesse as previsões legais mencionadas acima. Para definir se eles estariam também na condição de garantes por ingerência, seria preciso olhar para as características do

comportamento anterior daquele que se omitiu e verificar se sua conduta criou um perigo maior que o habitual para a concretização do resultado.

A responsabilidade dessas autoridades pela criação de situação anterior de perigo parece ter sido a linha de argumentação utilizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que além de ressaltar o padrão de violência e letalidade da Polícia, em trecho que reproduzimos acima, aponta também falhas no "controle institucional da prisão", nos termos seguintes:⁵⁶

"56. Ao assumir o cargo de governador em 1991, Fleury Filho, que antes havia sido Secretário de Segurança Pública, removeu da jurisdição da Secretaria de Justiça a administração das prisões do Estado de São Paulo e transferiu-a para a Secretaria de Segurança Pública. Isso foi criticado pela Associação de Advogados de São Paulo, pois colocava sob a mesma subordinação a polícia e a guarda penitenciária. Quando há distúrbios nas prisões, o Juiz Corregedor (juiz de inspeção de prisões) e o Juiz de Execuções Penais (juiz de sentença) são chamados para salvaguardar a integridade dos prisioneiros e tomar as decisões necessárias para dissipar os distúrbios. Em incidentes anteriores, o próprio Secretário de Justiça estava presente ou participou ativamente das negociações. 57. Em 2 de outubro de 1992, a responsabilidade administrativa, penitenciária e policial sobre Carandiru estava pois concentrada na Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Oficiais policiais subordinados a essa Secretaria abstiveram-se de uma potencial ação negociadora dos juizes que acorreram à prisão ao indicar-lhes que não deviam nela entrar porque a situação era perigosa e de difícil controle. 58. A Comissão salienta que um estudo realizado em 1988 sobre rebeliões em São Paulo comprovou que, de onze revoltas ocorridas entre setembro de 1986 e abril de 1988, não houve mortos nas seis em que se utilizou a estratégia de negociação, ao passo que houve 47 mortos (detentos e policiais) nas revoltas em que se usou a repressão violenta."

Em seguida, o Relatório aborda a "responsabilidade do Estado de garantir a integridade dos detentos e prevenir surtos de violência" e traça um cenário no que diz respeito "às condições de vida dos detentos" que "dava margem" à eclosão de conflitos com "reação descontrolada" por parte dos agentes do Estado:

"60. Tal como assinala a Corte, 'nos termos do artigo 5(2) da Convenção, toda pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detenção compatíveis com a dignidade inerente ao ser humano, e o Estado deve garantir-lhe o direito à vida e à integridade pessoal'. Por conseguinte, na sua condição de responsável pelos estabelecimentos carcerários, o Estado é o garante desses direitos dos presos. As condições de vida dos detentos no estabelecimento penal citado, que não atendiam às normas internacionais devido à superlotação e à falta de atividades recreativas, davam margem a que estourassem conflitos entre os presos passíveis facilmente de evoluir para atos de amotinamento generalizado e a consequente reação descontrolada de parte dos agentes do Estado em face das condições de violência reinantes. 61. As condições de vida dos detentos contrárias aos preceitos

⁵⁶ Todos os trechos citados nesta seção foram extraídos do Relatório 34/00 OEA. Item V - Análise, Seção A - Fatos. Para consultar as notas de rodapé do texto original, excluídas dos trechos citados acima, ver a íntegra do relatório disponível em www.massacrearandiru.org

da lei, as rebeliões anteriores ocorridas em Carandiru e a falta de estratégias de prevenção destinadas a evitar a eclosão de atritos, aliadas à incapacidade do Estado de desenvolver uma ação negociadora que poderia ter evitado ou diminuído a violência do motim, configuram por si sós uma violação, por parte do Estado, da sua obrigação de garantir a vida e a integridade pessoal dos que se encontram sob a sua custódia. Acrescente-se a isso o fato de que, contrariando a legislação nacional e internacional, a maioria dos que se encontravam reclusos naquele momento no Carandiru estavam sendo processados mas ainda não haviam sido condenados (encontrando-se portanto sob a presunção de inocência), embora fossem obrigados a conviver, nessas situações de alta periculosidade, com os réus condenados."

Os elementos trazidos pelo Relatório da Comissão sobre o cenário institucional que antecedeu o Massacre descrevem um conjunto de ações praticadas pelas autoridades, assim como circunstâncias por elas toleradas que faziam com que o episódio do Massacre fosse praticamente previsível. Nessas circunstâncias, ainda que não fossem garantes por serem legalmente responsáveis pela Polícia Militar (satisfazendo o requisito da alínea *a*, como vimos acima), a responsabilidade do Governador e do Secretário de Segurança Pública poderia ser discutida por terem criado uma situação anterior que os obrigava a agir para evitar o resultado lesivo colocado em curso pela ordem de invasão do Pavilhão 9.

Desse modo, encerramos este item apontando para a possibilidade de formulação de uma imputação, com base na omissão, tanto do Governador do Estado, como do Secretário de Segurança Pública. Sem considerar a hipótese de imputação por ação, discutida no item anterior, era possível exigir que atuassem positivamente para evitar o trágico resultado de mortes e lesões corporais, garantes que eram da legalidade da ação da Polícia Militar e do respeito aos direitos dos presos em estabelecimentos penais. Tal imputação, contudo, dependeria ainda da prova das questões fáticas – a verificação se todos poderiam ter agido para evitar o resultado e se de fato fizeram tudo o que estava a seu alcance para evitá-lo. Como afirmamos antes, as questões fáticas envolvendo a possível participação dessas pessoas permanecem desconhecidas, já que nunca sequer se iniciou uma investigação que tivesse por fim apurar sua responsabilidade.

5. Considerações finais

O que prevaleceu nos dois processos criminais instaurados a partir do Massacre do Carandiru (o processo contra o Cel. Ubiratan e o processo contra os demais policiais militares) foi a imputação por ação, em duas modalidades. A de Ubiratan por ter dado a ordem de invasão e a dos PMs por terem atuado diretamente na invasão e contribuído para as mortes.

A responsabilização dos PMs nos julgamentos em primeira instância, segue sendo discutida pela defesa, que contesta esta forma de atribuir responsabilidade. Há aqui um debate sobre como se deve atribuir responsabilidade aos PMs. A promotoria e a maioria dos jurados em primeira instância reconheceu que todos os que participaram da invasão devem ser responsabilizados por todas as mortes, pois contribuíram para elas - utilizando aqui a formulação ampla de autoria, consoante o artigo 29: "quem de qualquer modo contribui para a morte". Para a defesa, cada um deve ser responsabilizado apenas pelos disparos que efetivamente fez e pelas mortes decorrentes tão somente desses disparos. Para além das questões de prova que esse debate suscita, é possível dizer que há um dissenso sobre a regra de atribuição de responsabilidade aos autores imediatos do Massacre do Carandiru, que ainda não foi decidido em definitivo pelo sistema de justiça.

De qualquer modo, as imputações deduzidas em face do Coronel que chefiou a invasão e dos PMs que invadiram o pavilhão 9 pressupõem um conceito de autoria muito próximo à execução da ação típica. Ficaram de lado, no processamento do caso pela Justiça brasileira, outras formas de se pensar a responsabilidade, como a imputação às pessoas que estavam por trás da ordem de executar ou a imputação daqueles que deveriam ter agido para evitar o resultado.

A imputação de responsabilidade tal como aconteceu nos processos criminais do Carandiru foi questionada em diferentes espaços. Problematizaram a falta de apuração da responsabilidade das autoridades civis tanto o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como setores da sociedade civil – como a associação de PMs e organizações de direitos humanos. Nosso objetivo neste texto foi refletir se, para além da discussão política e moral sobre quem responsabilizar, haveria em nosso arcabouço jurídico espaço para se aventar a responsabilidade dessas pessoas.

Assim, apresentamos aqui outras regras de responsabilização, que não foram acionadas pelo nosso sistema e que portanto não foram averiguadas em profundidade – a imputação de um indivíduo por ter domínio do fato e a imputação por omissão daquele que deveria ter impedido o resultado. Ou seja, do ponto de vista da dogmática penal, uma articulação que construísse a imputação aos autores mediatos seria possível, como de fato já vem sendo utilizada em alguns casos (por exemplo, a Ação Penal 470, o caso do “Mensalão”). Não nos ativemos às evidências que demonstram ou não a responsabilidade dessas pessoas.

Essa forma de articular as normas jurídicas refletem regras que imputam responsabilidade a pessoas que estão distantes da ação concreta do disparo da arma. Não

advogamos aqui por nenhuma forma de responsabilização em particular, apenas chamamos a atenção para um campo em que – de forma mais ou menos aberta, mais ou menos problematizada socialmente - se dão escolhas sobre quem devem ser considerados responsáveis sobre determinado fato.

Nosso objetivo é, portanto, contribuir para desnaturalizar a decisão de responsabilização penal, apontando um campo de disputa político-jurídica. A decisão sobre quem imputar não é feita com base em mera técnica jurídica. Há uma decisão política de responsabilização, que deve ser construída em termos jurídicos para se tornar imputação penal. Assim, esses critérios podem ser discutidos abertamente ou subtraídos à discussão pública.

Mediante a disputa por interpretação das categorias da teoria do delito, a construção da imputação de responsabilidade é uma escolha, que exclui outras possibilidades. Poderíamos fazer esse mesmo exercício em casos mais simples – uma fraude contábil, por exemplo, em que se opta por imputar responsabilidade ao escriturador e não ao administrador. Trata-se essa também de uma escolha por um modelo de distribuição de responsabilidade na sociedade. Mas fazer isso em um caso como o do Massacre do Carandiru, que marca um momento de transição democrática e reconstrução do nosso Estado de Direito, nos ajuda a evidenciar a importância política de se discutir publicamente os critérios de responsabilização.

6. Referências Bibliográficas

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira*—Considerações sobre a APn 470 do STF. Revista Eletrônica de Direito Penal, v. 2, n. 1, 2014.

AMBOS, Kai. “Domínio de hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder”. Trad. Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colômbia, In: *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, n. 20, 1998.

_____ e MEINI, Iván. *La autoria mediata. El caso Fujimori*. Ara Editores, Lima, 2010.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém, Um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Luisa; MACHADO, Marta; MACHADO, Maira. “Massacre do Carandiru: vinte anos sem responsabilização.” *Novos Estudos Cebrap*, vol. 94, 2012, p. 05-29. Disponível em <http://novosestudos.uol.com.br/v1/contents/view/1478>

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. “A ‘recepção’ das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal federal brasileiro (‘Caso mensalão’).” *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7-8, 2015, p. 383-193.

GÜNTHER, Klaus. “Responsabilização na sociedade civil”. (trad. Flávia Puschel). In *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito* (Puschel, Flavia e Marta Machado, org.). São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 01-26.

_____. Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis, 17 *Cardozo Law Review*, p. 1035-1058, 1996.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, 1997. 1113

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Granada: Comares, 1993 4.ed.

_____; Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*. Berlin Duncker & Humblot, 1996

_____; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. renov. y ampl. Albolote: Comares, 2002.

MACHADO, M. “A definição da conduta típica: entre a superação da causalidade e a construção de teorias normativas para a imputação objetiva”. In: Basileu Garcia; MACHADO, Maíra Rocha (Org da atualização). *Instituições de Direito Penal*, 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, t.1, pp. 307-326.

MACHADO, Maira e Machado, Marta. (org.). *Carandiru (não) é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o Massacre*, São Paulo: Acadêmica Livre, 2015. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13989>.

MACHADO, Marta et alli. “Massacre do Carandiru + 23: inação, descontinuidades e resistências” em *Carandiru não é coisa do passado : um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o Massacre*”, Maíra Machado e Marta Machado (org.). São Paulo: Acadêmica Livre, 2015. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13989>.

MUÑOZ CONDE, “Domínio de la voluntad em virtud de aparatos organizados em organizaciones ‘no desvinculadas del Derecho?’”. In: *Revista Penal*. Julio 2000, p. 104 e seguintes.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. Séptima Edición. Madrid. 2000.

_____. *La autoría mediata: el caso Fujimori*. Lima: Ara, 2010. 269 p.

_____. *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata* (traduzido por P.R. Aflen). In: *Revista Eletrônica de Direito – Law E- Journal*, Ed Panoptica, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. 641p.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Montevideo: B de F, 2007.