ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

56

setembro-outubro de 2005

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 13 n. 56 setembro–outubro de 2005

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil
Visite o nosso *site:* www.rt.com.br

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Diagramação eletrônica
Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento
Escolas Profissionais Salesianas
CNPJ 60.927.290/0001-45

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

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2005/2006

Diretoria executiva

Presidente
Maurício Zanoide de Moraes

1º Vice-Presidente
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

1º Secretário
Tatiana Viggiani Bicudo

2º Secretário
Theodomiro Dias Neto

1º Tesoureiro
Roberto Mauricio Genofre

2º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Boletim
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Cursos
Carlos Alberto Pires Mendes

Estudos e Projetos Legislativos
Maria Elizabeth Queijo

Internet
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Iniciação Científica
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Pós-Graduação
Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais
Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas
Renato Sergio de Lima

Comissões Especiais:

Convênios
Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates
Carmen Silvia de Moraes Barros

História
Andrei Koerner

Monografias
Angélica de Maria Mello de Almeida

Seminário Internacional
Theodomiro Dias Neto

Coordenadores estaduais

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

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

Diretoria da Revista

Coordenadora
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Coordenadores – Adjuntos
Juliana Garcia Belloque, Maurides de Melo Ribeiro e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da revista:

Adauto Alonso S. Suanes, Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, David Teixeira de Azevedo, Denise Neves Abade, Eduardo Araujo da Silva, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, Helena Regina Lobo da Costa, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Marina Pinhão Coelho, Mario Sergio Sobrinho, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira.

Colaboradores permanentes:

NACIONAIS

Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac

Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Luisi, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS

Adolfo Ceretti, Álvaro P. Pires, Ana Messuti, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Claudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Femando Niño, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez Pedro Caeiro, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia e Stella Maris Martinez.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 57 – novembro-dezembro – 2005

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

Aspectos do resultado no direito penal
Helena Moniz

O princípio da insignificância e os crimes contra a Ictiofauna
Júnior A. Taglialenha

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

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

Sumário

1. Direito Penal

Co-autoria em delitos culposos? 9
Humberto Souza Santos

Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir 33
Karyna Batista Sposato

La libertad y el derecho penal 60
Luis Fernando Niño

Sobre o chamado direito penal do inimigo 80
Luís Greco

Darfur: un paso más para el castigo de individuos responsables de crímenes internacionales 113
Maria José Cervell Hortal

Princípio da retroatividade benéfica 148
Paulo César Corrêa Borges

Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal 173
Santiago Mir Puig

2. Processo Penal

Conseqüências do desatendimento das normas constitucionais de competência em matéria penal 203
Andreo Aleksandro Nobre Marques

Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y del derecho procesal penal en la Unión Europea 243
Hans Joachim Hirsch

3. Crime e Sociedade

O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann 267
Mariana Thorstensen Possas

Criminologia e transdisciplinaridade 308
Salo de Carvalho

O acesso à justiça: para além do instituido 334
Eneida Gonçalves de Macedo Haddad

O aumento da criminalidade e as deficiências das políticas de defesa da cidadania 358
Robson Sávio Reis Souza

4. O Direito em Ação

Meio ambiente, descabimento de aplicação do princípio da insignificância 383
Osvaldo Capelari Júnior

5. Índice Alfabético Remissivo 395

Normas de publicação 400

1. Direito Penal

Co-autoria em delitos culposos?

Humberto Souza Santos

Mestrando em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado-RJ.

Sumário: 1. A sustentação da co-autoria culposa pela doutrina majoritária brasileira – 2. O posicionamento contrário à co-autoria culposa – 3. Os elementos estruturais da co-autoria culposa: 3.1 Acordo comum; 3.2 Criação de risco não permitido através de um comportamento praticado em razão do acordo comum; 3.3 Incremento de risco; 3.4 Co-autoria culposa, alcance do tipo e fim de proteção da norma – 4. Bibliografia.

Resumo: Trata-se das principais idéias que levaram à elaboração do trabalho *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, no qual procuro ordenar uma linha de raciocínio que consiga solucionar o problema da co-autoria culposa. A intenção é proporcionar ao leitor um primeiro contato capaz de fazê-lo refletir e também tentar destrinchar os meandros dessa problemática. Na primeira parte apresento uma breve análise crítica da sustentação da co-autoria em delitos culposos pela doutrina brasileira. Na segunda parte procuro examinar os argumentos da corrente que nega a existência da co-autoria culposa e também demonstrar suas principais falhas. Por fim, na terceira parte busco desenvolver minhas idéias e construir a co-autoria culposa a partir de três elementos que entendo serem fundamentais para sua existência e, ainda que de forma sucinta, explico como

sua análise deve ser equilibrada sobre os princípios do fim de proteção da norma de cuidado e do alcance do tipo penal.

Palavras-chave: Co-autoria; delito culposo; imputação objetiva; concurso de agentes.

1. A sustentação da co-autoria culposa pela doutrina majoritária brasileira

Ao longo de sua história, a doutrina majoritária brasileira sempre aceitou, sem maiores problemas, a possibilidade de co-autoria em delitos culposos. Um questionamento maior apenas começou a tomar corpo a partir de trabalhos produzidos nas décadas de 1980 e 1990, responsáveis por sustentar que a teoria da autoria única culposa solucionaria de uma forma mais coerente com o sistema dogmático-penal os problemas da concorrência de diversas pessoas no fato culposo. Entretanto, embora essa corrente tenha obtido respeitáveis adeptos[1] e trazido ao

1. BATISTA considera que a aceitação do concurso de agentes nos delitos culposos está eivada por um equívoco básico de raciocínio não redimido nem mesmo pela circunstância de ser defendida por importantes juristas e pelos tribunais. Este equívoco seria buscar na proximidade física de condutas desatentas ao dever objetivo de cuidado, algo absolutamente irrelevante para o direito penal, e na pura concausalidade, situação penalmente insuficiente, um traço de união fictício e enganoso. Segundo sua opinião, haveria como fracionar o domínio do fato que fundamenta a autoria nos delitos dolosos de ação; até mesmo com submissão ao critério formal-objetivo, haveria a possibilidade de pensar no fracionamento da execução da conduta típica; entretanto, não existiria a possibilidade de fracionar a violação do dever objetivo de cuidado sobre a qual se dirige a autoria nos crimes culposos. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, 1979, p. 62. HEITOR COSTA JÚNIOR concorda com BATISTA a respeito da falta de espaço lógico para o concurso de agentes nos crimes imprudentes. O seu entendimento pressupõe que a existência da co-autoria estaria sujeita a duas exigências que não se apresentam em um delito culposo: a comum resolução para o fato e a comum realização dessa resolução através da divisão do trabalho. Dessa forma, todo aquele que viola o dever de cuidado exigível seria penalmente responsabilizado de forma autônoma, por crime culposo, na forma da autoria colateral. HEITOR COSTA JÚNIOR. *Teoria dos delitos culposos*, 1988, p. 111 a 114. PRADO não admite a possibilidade da co-autoria em delitos culposos, pois, conforme entende, o tipo de injusto culposo só se perfaz com o desvalor da ação e o desvalor do resultado e a co-autoria, por sua vez, exige um elemento subjetivo, o ajuste de vontades entre os co-autores para a realização do delito. Dessa forma, não se poderia admitir a co-autoria nos crimes culposos, já que o resultado não foi querido. PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro:*

tema uma influência alemã que estranhamente estava distante na história brasileira dessa discussão, ainda não ocorreu uma consolidação semelhante à força demonstrada pela corrente majoritária ao longo do século XX. A situação, atualmente, é de um certo equilíbrio entre essas correntes opostas no plano doutrinário, mas, os tribunais continuam admitindo em sua grande maioria a existência da co-autoria culposa.[2]

O argumento maior que tenta justificar a existência de co-autoria nos delitos culposos de acordo com a construção da corrente majoritária brasileira é a *vontade consciente dirigida à ação comum*, defendida por HUNGRIA,[3] BRUNO,[4] NORONHA,[5]

parte geral, 1999, p. 268. Na opinião de CIRINO DOS SANTOS a co-autoria é definida pelo domínio comum do fato típico mediante divisão do trabalho entre os co-autores. Esta definição poderia ser analisada sobre dois aspectos: objetivamente, seria a realização comum do fato típico mediante contribuições parciais necessárias para a existência do fato como um todo e, portanto, de domínio do fato típico; subjetivamente, seria a decisão comum de realizar fato típico determinado, que fundamenta a responsabilidade de cada co-autor pelo fato típico comum integral, o que excluiria a possibilidade de co-autoria em crimes de imprudência e surgiria apenas a possibilidade de autoria colateral independente. A convergência objetiva e subjetiva dos co-autores exprimiria acordo de vontades, expresso ou tácito, para realizar fato típico determinado. A co-autoria imprudente seria, então, do ponto de vista conceitual, impossível, e do ponto de vista prático, desnecessária, porque na hipótese de comportamentos imprudentes simultâneos cada lesão do dever de cuidado ou do risco permitido fundamentaria a atribuição do resultado como autoria colateral independente. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 286.

2. SOUZA SANTOS, Humberto. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 1.

3. HUNGRIA defende que nos delitos culposos basta a vontade consciente referida à ação comum sem que o resultado tenha sido querido e admite a existência de atividades simultâneas ou sucessivas, desde que estejam subjetivamente coordenadas ou que uma saiba que contribui para a outra, ainda no caso de encontrarem-se subjetivamente independentes ou sem coordenação de vontades, bastando para isso que a atividade culposa subseqüente ou imediata seja previsível. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, 1949, p. 558 e 559.

4. BRUNO explica que a co-autoria nos crimes culposos seria resultado da situação ou comportamento dos agentes, cooperadores conscientes na imprudência ou negligência uns dos outros. A vontade, neste caso, estaria dirigida tão somente à conduta imprudente. BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*, v. 2, 1959, p. 277.

5. NORONHA considera que na culpa existe a vontade da ação causal e, excepcionalmente, do resultado. Se a ação causativa for voluntária será compreendida, então, a possibilidade da co-autoria. Bastaria pensar que existe culpa com resultado querido (culpa por extensão ou assimilação), que na culpa há consciência do concurso na ação (na hipótese de dois operários atirando a tábua à

LYRA,[6] JESUS,[7] FRAGOSO[8] e TOLEDO.[9] Conforme esse raciocínio, a co-autoria culposa surge desde que exista uma consciência de todos os sujeitos envolvidos de estarem praticando voluntariamente a ação e, caso esta ação seja praticada com a falta de cuidado necessária para originar um crime imprudente, haverá a imputação a todos por co-autoria. Esse argumento não exige a previsão de um resultado lesivo e nem a vontade de que ele se realize. O laço de união de todos os sujeitos no instituto da co-autoria é a vontade, apenas, de realizar a conduta e a consciência de sua realização. Nem mesmo seria preciso ajuste prévio, pois é suficiente que a consciência e a vontade se manifestem na prática do ato.[10] Mas, repita-se, como não é exigível a previsão do resultado, não será

rua existe consciência de ambos estarem praticando concomitantemente a ação), e finalmente, se na autoria singular culposa a imputabilidade pelo resultado se assenta na previsibilidade, o mesmo se daria na co-autoria, já que existiria a mesma previsibilidade do resultado para todos. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, v. 1, 1959, p. 266 e 267

6. Conforme LYRA, a co-autoria imprudente surgiria bastando que cada um dos sujeitos ativos, embora sem dolo, tenha consciência de cooperar na ação ou na omissão, independente da *nisus voluntatis ad idem delictum.* LYRA, Roberto. *A expressão mais simples do direito penal*, 1976, p. 114 e 115.

7. Para JESUS, a co-autoria em delitos imprudentes surge na hipótese em que cada um dos agentes, embora não querendo o resultado, possua consciência de cooperar na ação. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 1, 1977, p. 365.

8. FRAGOSO entende que co-autor é todo aquele que executa, juntamente com outros, a ação ou omissão que configura o delito, sem que seja exigido qualquer ajuste prévio. Não haveria, assim, nenhum impedimento para a configuração da co-autoria na culpa, pois bastaria que os criminosos tivessem a consciência de cooperarem na ação comum. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, 1976, p. 271.

9. A justificativa de TOLEDO está em considerar a voluntariedade da conduta que na hipótese em que o evento for ocasionado pela cooperação de várias pessoas já seria suficiente para ensejar a co-autoria imprudente. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 1986, p. 292.

10. A influência italiana desta visão é facilmente verificada ao se analisar DE MARSICO e RAMACCI.

DE MARSICO entende que nos delitos culposos o concurso, psicologicamente considerado, está na produção da causa (situação, conduta, fato antijurídico) do evento não querido. Como no caso daqueles que, para divertirem-se com o medo de um velho enfermo, em comum acordo, deixam-no sozinho numa escada íngreme, enquanto um apaga a lâmpada que a ilumina, outro puxa-lhe a bengala na qual se apóia, e provocam, assim, a queda e a morte. DE MARSICO, Alfredo. *Diritto penale, parte generale*, 1969, p. 271.

RAMACCI reconhece que para que seja suscitada a cooperação é necessário estar presente um nexo específico entre as condutas, entretanto, o nexo não pode estar constituído da convergência

exigível que os sujeitos tenham conhecimento de estarem praticando uma conduta imprudente. Esta vontade e consciência de praticar a ação vêm preencher o liame psicológico que estes autores entendem ser necessário para a configuração da co-autoria, de modo a construir a co-autoria culposa nos mesmos moldes que a co-autoria dolosa.[11]

Dessa forma, no clássico exemplo em que dois indivíduos resolvem fazer uma fogueira de São João e, após um deles amontoar a lenha, o outro põe fogo, sem atentarem para a proximidade de uma casa, que vem a incendiar-se, ambos seriam considerados co-autores culposos.[12] A análise desse raciocínio leva a crer que seus argumentos estão embasados em fundamentos inconsistentes. A mera hipótese de existir uma conjugação de consciência e vontade sobre a ação comum não pode ser considerada o bastante para construir um liame subjetivo entre os sujeitos e, muito menos, um nexo de ligação responsável por atribuí-los a condição de co-autores. As vontades e consciências apresentam-se de uma maneira paralela e independente umas das outras. Cada sujeito possui, independentemente dos outros, vontade e consciência de praticar ação, ou seja, não há como afirmar que em conjunto não traduziriam o liame subjetivo que os defensores desse entendimento afirmam existir como fundamento de ligação por demonstrarem-se absolutamente insuficientes para isso.

Para reconhecer essa afirmação basta observar o exemplo em que duas pessoas resolvem viajar de automóvel de Brasília-DF até Porto Alegre-RS. Nesse caso, uma conduz o carro de forma imprudente e a outra adormece, tranqüilamente, no banco de passageiros. Em determinado momento o motorista fica can-

das intenções dos sujeitos para um resultado comum: isto seria possível no caso de concurso no delito doloso, mas não pode ser observado no delito culposo, pelo simples motivo que este resultado não é querido. A cooperação consiste, assim, na consciente vontade de unir a própria a outra conduta, não obstante que esta comporte a violação de regra de cautela ou de tutela capaz de evitar um previsível evento danoso. RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale II, reato e conseguenze giuridiche*, 1993, p. 259.

11. Em detalhe, SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, Capítulo 2, item 1.

12. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, 1949, p. 559.

sado e estaciona para uma troca de posições. No decorrer dessa etapa da viagem, o antigo passageiro, agora motorista, também dirige imprudentemente o automóvel, enquanto que o antigo motorista, atual passageiro, é quem dorme no banco de passageiros. Acontece, então, um acidente/atropelamento com resultado fatal devido à conduta culposa. Seria adequado atribuir aos dois a co-autoria pelo delito? Não parece muito correto incriminar alguém que estava apenas dormindo, na condição de passageiro, no momento do fato. Porém, é preciso admitir que existiu uma vontade consciente no que se refere a ação comum (viajar a Porto Alegre), realizada de maneira imprudente (condução perigosa praticada pelos dois) e, de acordo com o raciocínio levantado por essa corrente, deveria haver sim a co-autoria culposa e não apenas atribuir autoria ao motorista no momento do acidente. O que se percebe, e nesse sentido têm razão BATISTA, é que esse entendimento busca um laço de união absolutamente fictício para sustentar a co-autoria. Entretanto, esse raciocínio tornou-se amplamente majoritário nos tribunais e foi utilizado para solucionar a imensa maioria dos diversos casos concretos apresentados em mais de meio século.

2. O posicionamento contrário à co-autoria culposa

A possibilidade de co-autoria nos crimes culposos constitui uma das maiores polêmicas da dogmática penal científica porque nunca ficou bem claro, em todas as discussões já realizadas, qual seria sua estrutura. Essa falta de precisão gerou e gera, ainda, uma grande insegurança em relação à certeza de sua existência, principalmente devido às inúmeras dúvidas que a ausência de determinadas características específicas da co-autoria dolosa ocasiona no momento de sua aplicação. Como modo de extinguir tais dúvidas, a tradicional doutrina majoritária alemã adotou, desde o início do século XX, a chamada teoria da *autoria colateral, autoria única culposa ou autoria paralela* que procura solucionar o problema por meio de um posicionamento radical: *simplesmente não existiria co-autoria em crimes culposos*, mas autoria

colateral para cada pessoa envolvida no fato punível. Cada agente envolvido seria um autor independente dos demais, cada comportamento seria uma prática culposa paralela. Esse pensamento sustenta que faltariam aos crimes culposos diversos requisitos necessários para configurar o instituto da co-autoria.[13]

13. Assim, para MAURACH, o agente de um crime culposo age inconscientemente com limitada e insuficiente capacidade de direção. Acredita alcançar unicamente sua meta neutra para o tipo, devido ao seu erro sobre o processo causal, como ocorreria em todo delito culposo, quando, em verdade, causa o resultado típico. Carece a ele aquela característica que, em contraste ao antigo conceito restritivo de autor, exclusivamente referido a realização do tipo, deve ser considerada como o elemento constitutivo da autoria do fato doloso: o domínio objetivo do ato. MAURACH explica que o autor culposo será sempre autor único sem atender aos restantes fatores humanos cooperadores. Será tratado como se apenas ele tivesse causado o resultado. MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, vol. 2, 1963, p. 308. O instituto da co-autoria estaria, dessa forma, limitado aos crimes dolosos, pois, para ele, a co-autoria é um cooperar querido, consciente e com divisão do trabalho, de vários autores para a consecução do mesmo fato típico. MAURACH, *Tratado...*, 1963, p. 330 e 331.

JESCHECK descarta a existência da co-autoria nos delitos culposos por falta de resolução comum. Ele explica que na cooperação culposa de diversas pessoas, cada uma deve ser considerada autora paralela e suas diversas contribuições devem ser analisadas de forma separada em relação ao conteúdo culposo. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*, 1993, p. 617. Conforme seu raciocínio, na hipótese em que várias pessoas produzem conjuntamente o resultado típico, sem estarem vinculadas por uma resolução comum para realizar o fato, existe autoria paralela. Tal autoria paralela, para ele, é rara nos crimes dolosos, mas freqüente nos culposos, pois a cooperação imprudente de vários constitui um fenômeno cotidiano, na qual não cabe co-autoria. JESCHECK, *Tratado...*, 1993, p. 619.

STRATENWERTH defende que será autor todo aquele que produzir o resultado superando a medida aceitável do risco que a ele é cognoscível por entender inaplicável no âmbito da culpa o critério do domínio do fato vinculado com a direção final. STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, parte general, el hecho punible*, 1982, p. 337. Falta, conforme sua explicação, o compartilhamento do domínio do fato entre todos, ou seja, não há como nos fatos dolosos um domínio do fato nas mãos de um sujeito coletivo, no qual o co-autor individual participa unicamente como membro deste sujeito coletivo. STRATENWERTH, *Derecho penal...*, 1982, p. 247.

Não se parte da ótica da realização, finalmente dirigida, do resultado jurídico-penalmente relevante, mas sim da causação evitável de um risco não permitido (STRATENWERTH, *Derecho penal...*, 1982, p. 337), o que também dificulta o aparecimento de duas características básicas da co-autoria: a decisão comum e a realização em comum (divisão de trabalho) desta decisão. STRATENWERTH, *Derecho penal...*, 1982, p. 247.

SAUER entende que a cooperação na co-autoria deve realizar-se dolosamente, ou seja, a co-autoria seria uma cooperação consciente e querida de vários ao resultado típico em que cada um quer realizar o fato com a cooperação dos outros. Há uma execução comum consciente, uma comunidade criminal com fim e meios análogos, que não existe nos delitos imprudentes por sua própria natureza involuntária. SAUER, Wilhelm. *Derecho penal: parte general*, 1956, p. 324.

É possível observar que as censuras feitas por esse posicionamento realizam-se na medida em que se propõe uma comparação com a co-autoria dolosa. Ao utilizar-se a autoria dolosa como modelo de uma autoria culposa claramente faltarão inúmeros conceitos aplicados ao dolo que não poderão ser aplicados à culpa. Domínio do fato, divisão de trabalho, cooperação consciente e querida para o resultado típico, são critérios aplicáveis apenas aos delitos dolosos, onde há verdadeira realização de um plano criminoso, algo inexistente nos empreendimentos culposos. Por isso, numa tentativa de transmutar critérios relativos ao dolo para a culpa surgirão, obviamente, tais incompatibilidades. O raciocínio utilizado é o mesmo que se teria no caso de defender-se a inexistência dos crimes culposos porque nestes não são encontradas consciência e vontade de praticar os elementos do tipo. Tal lógica comparativa além de mostrar-se errônea já em sua premissa, também não demonstra progresso em seus principais argumentos.[14]

Em relação à afirmação de que *a cada violação de cuidado existe um crime culposo*, é possível verificar que ela induz ao erro porque é levantada a partir de uma visão incompleta dos delitos culposos. O crime culposo exige para sua formação a criação de um risco não permitido e a realização deste risco no resultado. Caso o risco criado não seja desaprovado pelo direito, a criação de risco será insignificante (praticar boxe, competir em corridas oficiais de automóvel) se esse risco não permitido não se realizar no resultado também não haverá delito culposo (deixar cair uma tábua de cima de um prédio em que esta simplesmente chega ao

WELZEL acredita que a co-autoria deve estar fundamentada no princípio da divisão de trabalho, o que torna impossível seu surgimento nos crimes culposos. De acordo com sua explicação, cada co-autor irá complementar com sua parte no fato a dos demais na totalidade do delito segundo suas qualidades pessoais de portador da decisão comum ao fato. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, 1997, p. 129.

Assim, somente será possível estabelecer essa divisão de trabalho nos delitos dolosos, pois para sua realização é preciso o roteiro pré-estabelecido, algo inexistente nos delitos culposos por não haver previsibilidade do resultado.

14. Com maior profundidade SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 3, item 2.

chão sem nenhuma conseqüência).[15] Assim, é *incompleto* afirmar que basta violar um dever de cuidado para se tornar autor culposo, pois existe a necessidade de analisar se os elementos da imputação objetiva estão presentes para determinar se o sujeito é autor ou não, além da verificação, no âmbito da realização do risco no resultado, a incidência ou não do fim de proteção da norma. Além disso, entre a criação do risco e a realização do risco no resultado poderá existir o incremento do risco e fundamentar a classificação a título de co-autoria de acordo com o raciocínio exposto adiante. Dessa forma, não é sustentável o argumento de que basta violar o dever de cuidado para tornar-se automaticamente autor único culposo.

A alegação que *não há domínio do fato* ignora a estrutura existente nos delitos dolosos e culposos e perde consistência na medida em que se observa que se uma simples autoria culposa *não exige* domínio do fato, não há porque exigir numa co-autoria culposa. Ademais, também *não se exige* domínio do fato tanto nos *delitos dolosos de infração de dever* quanto nos de *mão própria* e nem por isso a co-autoria nesses crimes deixa de estar presente.[16]

Também não merece prosperar a afirmação que *não há divisão de trabalho*. A divisão de trabalho é uma característica *do* domínio funcional do fato e isso já acarreta algumas afirmações fundamentais para não se exigir divisão de trabalho nos delitos culposos. É preciso empreender a seguinte análise: nos delitos de domínio com autoria única dolosa exige-se domínio da ação[17] enquanto que nos delitos com autoria única culposa tal não pode ser exigido; da mesma forma, nos

15. Com exceção dos crimes de perigo.

16. Nos delitos de infração de dever a co-autoria aparece como violação em conjunto de um dever especial. ROXIN, *Autoría y domínio del hecho...*, 2000, p. 570. Nos delitos de própria mão, cada vez mais raros, em sua maioria despenalizados, haverá co-autoria se o tipo exigir que para a configuração do delito estejam dois sujeitos vinculados a determinado comportamento mesmo que este não chegue a lesionar bens jurídicos (exemplo: adultério, homossexualidade, incesto). ROXIN, *Autoría y domínio del hecho...*, 2000, p. 754.

17. Nos delitos de domínio com autoria única dolosa caracterizada na forma de autoria mediata exige-se o domínio da vontade, seja em virtude de coação, erro ou maquinarias de poder organizadas. ROXIN, *Autoría y domínio del hecho...*, 2000, p. 570.

delitos de domínio com co-autoria dolosa exige-se o domínio funcional do fato e, pelo mesmo raciocínio, nos delitos com co-autoria culposa tal *não poderá ser exigido*. Além disso, a divisão de tarefas é uma característica que, como ressaltado acima, apenas está presente nos delitos dolosos de domínio e não é exigível, para a formação da co-autoria, nem nos delitos dolosos de infração de dever especial e nem nos de comissão por própria mão,[18] logo, se esta é *apenas exigida para uma parte dos delitos dolosos*, com maior razão *não pode ser exigida para delitos culposos*. Assim, torna-se reconhecível o erro em afirmar que não é possível a co-autoria culposa por falta de divisão de trabalho. Por fim, há outros motivos para ser afastada a exigência de uma divisão de tarefas: embora não haja na co-autoria culposa tarefas divididas e executadas por cada co-autor na procura de realizar o projeto criminoso, *há o incremento de risco*,[19] constituído pelo risco criado por cada co-autor e que possui exatamente a mesma função e efeito da divisão de trabalho: *tornar mais segura a realização do resultado típico*. Na comissão conjunta dolosa, os intervenientes dividem as tarefas para que possam atingir com maior segurança o fato típico, isto é a chamada divisão de trabalho. Para isso eles necessitam possuir consciência e vontade de praticar os elementos descritos no tipo penal. No delito culposo não há como dividir tarefas em busca de uma realização típica, assim é porque os intervenientes não possuem consciência nem vontade de praticar os elementos do tipo, os intervenientes apenas criam um risco não permitido, pois é nisto que se fundamenta a realização típica culposa. Logo, ao invés de *práticas dirigidas aos elementos do tipo (dolo)* ter-se-ão *criações de risco*, e a contribuição de cada interveniente para a realização típica conjunta. No lugar de execução de tarefas em busca de tornar segura a realização típica (dolo), haverá criações de risco que se incrementam e tornam também mais segura a realização típica (culpa). Tudo ocorrerá de acordo com a própria estrutura de cada delito (doloso

18. ROXIN, *Autoría y domínio del hecho...*, 2000, p. 741.

19. Que, como será apresentado adiante, constitui um de seus elementos fundamentais.

ou culposo). Então, não é importante o fato de existir ou não divisão de trabalho nos delitos culposos, já que esta é plenamente substituível pelo incremento de risco, elemento fundamental da co-autoria culposa.

Enfim, o argumento que *não há decisão comum para o fato* ignora abertamente as estruturas que diferenciam os delitos dolosos e culposos. Nos delitos dolosos por autoria única existe uma *decisão individual: realizar o fato típico* (matar, roubar etc). Nos delitos culposos por autoria única também existe uma *decisão individual: realizar qualquer fato da vida* (viajar, operar, etc). Serão a criação de um risco não permitido e a realização deste risco no resultado advindo do comportamento praticado pelo sujeito na procura desse fato da vida que infringirão o tipo penal. Nos delitos dolosos por co-autoria existe uma *decisão comum* (expressada sob a forma de acordo comum): *realizar o fato típico*.[20] Nos delitos culposos por co-autoria também existe uma *decisão comum* (expressada, também, sob a forma de um acordo comum): *realizar qualquer fato da vida*. Será a criação de risco não permitido e a realização deste risco no resultado, conforme as características que serão vistas adiante, que infringirão o tipo penal. Existe sim decisão comum nos delitos culposos, apenas não se trata da elaboração de um plano criminoso em busca de uma realização típica porque não se trata de crime doloso. Será, como acontece em todo delito culposo, a decisão de realizar qualquer fato da vida. A maneira como será posta em prática esta decisão é o que irá configurar a existência de um delito imprudente.

Além de suas falhas,[21] a teoria da autoria colateral tem demonstrado incapacidade para solucionar problemas advindos de delitos culposos com importância

20. Nos delitos de domínio através de um domínio do fato funcional (caracterizado por divisão de trabalho), nos delitos de infração de dever pela violação comum de um dever comum, nos delitos de própria mão através da vinculação ao comportamento descrito no tipo e da satisfação das exigências requeridas por este, mesmo que não haja lesão ao bem jurídico, como ressaltado anteriormente.

21. Ver com maiores detalhes SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 3, item 2.

e freqüência cada vez maiores no mundo contemporâneo, o que fez com que, nos últimos dez anos, a admissibilidade da existência de co-autoria imprudente tenha se tornado uma tendência que parece irreversível na Europa.[22]

3. Os elementos estruturais da co-autoria culposa

A procura por elementos subjetivos capazes de moldurar a co-autoria culposa sempre foi o principal obstáculo à verificação de sua figura, já que constitui um impedimento lógico imaginar que em delitos cuja existência, em sua grande maioria, ocorre num plano puramente objetivo[23] pudesse ser encontrada alguma forma de liame subjetivo tal qual nas hipóteses de co-autoria dolosa. Em verdade, não se deve mesmo empreender uma busca a conceitos subjetivos capazes de justificar a imputação recíproca deste tipo de crime, os elementos de uma possível co-autoria culposa apenas podem ser observados, sob pena de fundamentá-la em constatações insuficientes e não raro fictícias, a partir de *aspectos objetivos*.

3.1 Acordo comum

Apenas uma doutrina minoritária representada por JAKOBS,[24] LESCH,[25] DERKSEN,[26] v. DANWITZ,[27] prescinde do acordo comum por desenvolver uma teoria fundamentada numa visão meramente *quantitativa* da distinção entre autor e partícipe, próxima ao sistema unitário de autor, de forma a rechaçar a existência de uma diferença qualitativa entre as formas de autoria e participação que

22. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho...*, 2000, p. 741. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *La responsabilidad...*, 2001, p. 207.

23. As exceções são os casos de culpa consciente.

24. JAKOBS, Günter. *Derecho penal parte general*, 1997, p. 747.

25. LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 1997, p. 87 e 88.

26. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidade....*, 2001, p. 243.

27. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidade....*, 2001, p. 245.

não obedeça aos critérios quantitativos. A diferenciação entre a contribuição do co-autor e a do partícipe não é obtida através da descrição típica incriminadora; apenas a conduta do executor imediato é que será apreendida em primeiro lugar pela descrição típica. Posteriormente, e desde que se cumpram as específicas regras de imputação, tal diferenciação expande-se aos demais intervenientes de modo que todos respondem de forma autônoma e encontram o fundamento de sua responsabilidade em sua própria contribuição ao acontecimento delitivo, que aparece configurado como uma obra conjunta de todos os participantes no mesmo. A valoração da contribuição individual é produzida apenas no momento da determinação da pena.[28] Dessa forma, observado este sistema sob a ótica de uma diferenciação qualitativa, o co-autor seria, em verdade, um partícipe ou um autor acessório qualificado em função da importância quantitativa de sua contribuição. Ademais, seriam encontradas com freqüência situações em que a co-autoria se desenvolveria apenas entre um e outro interveniente e não em relação a todos.

É evidente, então, que a dispensabilidade do acordo comum, defendida pela corrente que sustenta esta visão quantitativa, representa uma séria descaracterização da co-autoria com graves conseqüências à sua função de imputação recíproca a todos os intervenientes pelo fato delitivo. No contexto de formação da co-autoria, o acordo comum justamente permite explicar e dar sentido a possibilidade estrutural de *realizar um fato delitivo conjuntamente entre diversos sujeitos*, de forma que todos possam ser qualificados como co-autores e receber a mesma pena caso se tratasse de um autor individual.[29] O co-autor não pode ser considerado um partícipe qualquer, já que, em verdade, é precisamente um autor que comete seu próprio fato delitivo, com a peculiaridade de que o realiza conjuntamente com outros, que também são co-autores. Deve haver na co-autoria uma *unidade valorativa* das diferentes contribuições dos co-autores, dotando-a de um sentido

28. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidade....*, 2001, p. 262.
29. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidade....*, 2001, p. 261.

de globalidade que vá mais adiante da valoração separada da atuação individual e que permita levar a cabo uma imputação recíproca das distintas contribuições ao fato delitivo e que, conseqüentemente, exista uma *responsabilidade pelo acontecimento global*.[30] Por isso, existe uma diferença *qualitativa* entre o co-autor e o resto dos partícipes e não uma distinção baseada em critérios meramente quantitativos, já que, se assim fosse, melhor seria extinguir o instituto da co-autoria por falta de utilidade dogmática. Dessa forma, o acordo comum constitui-se no primeiro elemento da co-autoria, um instituto *qualitativamente diverso da mera participação*.[31]

Passada a discussão a respeito da dispensabilidade do acordo comum na estrutura da co-autoria é necessário distinguir se sua natureza é subjetiva ou objetiva. A melhor posição, ao que parece, é compreendê-la como um elemento *objetivo* da co-autoria, pois o acordo comum deve ser enfrentado, em realidade, como uma série de atos de comunicação que se produzem no mundo exterior e que não se limitam à esfera interna de cada um dos sujeitos.[32] Estes *atos comunicativos externos* devem traduzir um objetivo ou decisão comum a todos os sujeitos, pois configuram o primeiro vínculo de afinidade, capaz de demonstrar, a princípio, o envolvimento objetivo dos intervenientes num determinado fato e corresponder a um fator limitativo da imputação recíproca, o que impede a interferência de cursos hipotéticos causais na justa responsabilização pelo fato criminoso; expressar que todos se comportarão em busca deste objetivo, já que confirma a importância da decisão ou do objetivo, torna mais próximo o início do processo de realização da decisão ou objetivo e deixam potencialmente conscientes todos os envolvidos; além de alcançar cada possível interveniente, porque o acesso de todos aos atos comunicativos é indispensável para a integração plena ao acordo comum. Não existe a

30. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidade...*, 2001, p. 261.

31. Ver SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.

32. No mesmo sentido entende DENCKER, conforme GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidade...*, 2001, p. 137.

obrigatoriedade de um rígido plano de atuação comum, em que os papéis desenvolvidos por cada um dos sujeitos, assim como que suas respectivas condutas já estejam definidas dentro deste projeto.[33] Suficiente será, repita-se, a *exteriorização* de um objetivo ou decisão comum, a devida *expressão* de que todos conduzir-se-ão em razão deste objetivo ou decisão e o alcance destes atos comunicativos a cada um dos sujeitos. O *acordo comum* será, então, *uma comunicação exterior que conduzirá os sujeitos a se comportarem em razão dela*.[34]

3.2 Criação de risco não permitido através de um comportamento praticado em razão do acordo comum

Criar um risco permitido ou proibido significa observar ou não normas de cuidado estabelecidas para fixar os limites dentro dos quais a criação de riscos será permitida para o exercício de uma atividade. *O risco permitido é exatamente aquele proveniente de comportamentos tolerados apesar de arriscados*. Quando o comportamento cria um risco maior que o permitido, verificável a partir do momento em que sua periculosidade *ex ante* infringe as normas de cuidado estabelecidas e torna-se maior que a periculosidade que, também *ex ante*, seria derivada de uma conduta diligente, a conduta passa a entrar no âmbito do juridicamente desaprovado. O critério de risco permitido permite delimitar desde o início quais ações poderão configurar um delito culposo, já que a reprovação jurídica passa a ser reconhecida nas *infrações às regras necessárias para que as condutas sociais arriscadas transcorram com um mínimo de segurança* existentes nos mais diversos âmbitos da vida, como no tráfego, na medicina, na construção etc, cujo sentido é fixar a medida do risco permitido.[35] A

33. Neste ponto discorda DENCKER por entender o acordo comum como um projeto de atuação de natureza meramente intelectual que serve para coordenar as ações de uma pluralidade de sujeitos. De acordo com o exposto por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidade...*, 2001, p. 137.

34. Tal idéia é exposta com maior profundidade em SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.

35. STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, parte general, el hecho punible*, 1982, p. 325.

função maior dessas normas jurídicas é evitar a produção de um resultado e, por isso, na hipótese em que o resultado produzido esteja por demais afastado, sem que fosse realizado o perigo que a norma pretendia prevenir, não haverá como proceder a imputação por delito culposo.[36] A não observância dessas regras de comportamento constituirá, sem dúvida, um indício de criação de um risco proibido, porém, não necessariamente o fundamentará, pois o que é arriscado em abstrato pode não ser arriscado no caso concreto. Melhor explicando, nem a infração por si só fundamenta a reprovação por culpa e nem esta reprovação será excluída forçosamente mediante o respeito aos preceitos de cuidado. A previsibilidade de realização de um resultado dependerá sempre das circunstâncias do caso concreto e deve ser examinado com independência se ocorreu ou não uma infração sancionável.[37]

Para que a criação do risco não permitido configure o segundo elemento da co-autoria culposa, é preciso que ocorra *através de um comportamento praticado em razão do acordo comum*. O agente faz parte de um acordo comum com outros sujeitos e, para cumprir a decisão estabelecida, para alcançar o objetivo ajustado, enfim, para tornar realidade o objeto da convenção, comporta-se de modo arriscado a um bem jurídico. Esse risco criado por sua conduta ultrapassa o limite do tolerado pelo direito, rompe a barreira de proteção definida pelas normas jurídicas e, em razão disso, passa de permitido para proibido. Na mesma hipótese, os outros componentes do acordo também criam um perigo juridicamente desaprovado para o mesmo bem jurídico. Note-se que não é necessário que as condutas praticadas pelos componentes do acordo sejam idênticas, bastam que sejam voltadas para *o mesmo bem jurídico*. Aquele que não criar um risco não permitido ao bem jurídico não poderá ser imputado como co-autor do crime culposo e estará fora do âmbito de responsabilização ainda que tenha participado do acordo co-

36. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 1002.

37. ROXIN, *Derecho penal...*, 1997, p. 1001 e 1002.

mum. Caso esta criação de risco juridicamente desaprovada não tenha acontecido devido a um comportamento praticado em função do acordo comum faltará o necessário liame objetivo para colocá-lo no mesmo curso causal e, conseqüentemente, fundamento lógico para a construção da co-autoria.[38]

Duas importantes funções podem ser atribuídas a esse segundo elemento. Uma lógica: *fornecer a ligação entre o acordo comum e a desproteção sofrida pelo bem jurídico*, já que por ter sido a conduta praticada em razão de seu objeto, torna-se possível verificar a influência de sua existência na formação do crime culposo. Outra limitativa: *impedir que cursos causais aleatórios possam justificar a co-autoria* através de cadeias infinitas de ligação, envolvimento fictício entre pessoas desconhecidas, resultados embasados em simples causalidade e demais formas de confundir sua justa aplicação.

3.3 Incremento de risco

Desenvolvida por ROXIN no início da década de 1960, a teoria do incremento de risco tem recebido muitos adeptos assim como numerosas críticas. O seu pensamento busca fundamentar-se no *princípio da igualdade* a partir do argumento que uma ação que não rebaixa o risco permitido, que não incrementa o perigo de produção do resultado, deve ser julgada, neste sentido, da mesma forma que uma conduta não proibida.[39] Para sua verificação, conforme explica ROXIN, é necessário que seja examinado qual comportamento não poderia ser imputado ao agente de acordo com os princípios do risco permitido, depois, deve-se compará-lo com a forma de atuar do sujeito, e comprovar, então, se na configuração dos fatos submetidos a julgamento, a conduta incorreta do autor fez aumentar a probabilidade de produção do resultado em comparação com o risco permiti-

38. Assim, com maiores detalhes, SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.2.

39. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, 1993, p. 259.

do. Na hipótese de aumento, haverá uma lesão do dever que se integra no tipo e conduzirá a punição por delito culposo. Se não houver aumento de risco não se poderá imputar o resultado ao agente que, em conseqüência, deverá ser absolvido.[40] Deve-se, portanto, realizar uma comparação entre o risco real criado e o que teria gerado o comportamento correto, de modo que é preciso ter em consideração todos os fatores intervenientes no acontecimento, não só os reconhecíveis *ex ante*, mas também os conhecidos após a produção do resultado.[41]

A crítica mais geral refere-se à utilização do princípio da igualdade como fundamento do incremento do risco, pois mesmo que a conduta imprudente causadora do resultado e a conduta hipotética correta possam ter elementos relevantes em comum, não seriam idênticas. Haveria entre elas uma diferença fundamental: uma seria correta e a outra não. ROXIN responde que a conduta incorreta deve ser tratada *como* o comportamento alternativo conforme o direito na medida em que *coincidam* e *desigualmente* naquilo em que se *diferem*.[42] Ele explica que uma ação que não ultrapassa o risco permitido, que não incrementa o perigo de produção do resultado, deve ser julgada *neste aspecto* da mesma maneira que a conduta não proibida.[43] Como neste contexto o risco permitido é analisado em seu aspecto de *desvalor do resultado*, já que o comportamento hipotético correto e a conduta culposa apenas irão coincidir, nestes casos, na ausência de *desvalor de resultado*, chega-se à curiosa conclusão que, enquanto o comportamento correto é completamente atípico, o imprudente, caso fosse possível, deveria ser castigado como tentativa, apesar de ter causado a lesão de um bem jurídico, e não o será exatamente porque não existe delito culposo sem realização do resultado, sem

40. ROXIN, *Problemas fundamentais...*, 1993, p. 257 e 258.

41. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 210. Para uma maior compreensão, SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.3.

42. MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 215.

43. ROXIN, *Problemas fundamentais...*, 1993, p. 258.

desvalor do resultado.[44] Uma ação contrária ao dever objetivo de cuidado, que cria um risco real não maior que o risco permitido, é uma *ação desaprovada*. Existe o desvalor da ação, mas o resultado por ela causado não pode ser conceituado como desvalor do resultado e, por isso, o autor não responderá por ele.[45]

Outra crítica que se levanta, inclusive entre os defensores da teoria do incremento de risco, é a respeito da absolvição do sujeito, devido ao princípio *in dubio pro reo*, nas hipóteses em que não se pode afirmar com segurança se a conduta incrementou ou não o risco. ROXIN responde que não se pode dividir um risco em uma parte permitida e outra não permitida e examinar separadamente para cada um a realização do perigo. Assim, se o autor ultrapassa o risco permitido e, com isso, segue aumentando o risco que precisamente ainda era tolerável, ocorre a criação de um risco em conjunto sensivelmente proibido. E este risco proibido, em sua totalidade, se realiza caso o resultado seja produzido, sem que haja dúvidas a este respeito, o que permite visualizar que não há campo de aplicação para o princípio *in dubio pro reo*.[46]

Uma última alegação seria o fato de que a teoria do incremento de risco transforma os delitos de resultado, contrariamente ao disposto em lei, em delitos de perigo. ROXIN afasta essa objeção com o argumento que a imputação de um resultado *ao* tipo objetivo *sempre* se produz apenas mediante uma colocação em perigo *criada pelo autor*. A diferença entre os delitos de lesão e os delitos de perigo está em que nos delitos de lesão o risco não permitido realiza-se em *resultado lesivo típico*, enquanto que nos delitos de perigo o risco apenas se realiza em um *resultado de colocação em perigo* que se determina de acordo com diversas exigências. Nos casos de conduta alternativa conforme o

44. Nos crimes de perigo o resultado é o próprio perigo.

45. MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 216. Em detalhes, SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.3.

46. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 380. Maiores detalhes SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.3.

direito, concorrendo um incremento de risco se terá plasmado um risco proibido em um *resultado lesivo típico*.[47]

O incremento de risco, ocasionado pelos riscos não permitidos criados a partir de um comportamento praticado em função do acordo comum, conduz à construção do *risco conjunto*, cuja realização no resultado será imputada a título de co-autoria aos intervenientes. O risco conjunto é o risco não permitido criado por todos, em comissão conjunta, quando os *riscos juridicamente desaprovados criados por cada conduta individual na busca da realização do acordo comum incrementam-se de modo a tornar mais seguro o advento da lesão ao bem jurídico*. Essa lesão, o resultado típico, é responsabilidade de todos como co-autores, pois o risco conjunto é um risco criado por todos. Dessa forma, fica satisfeita a possibilidade de *co-autoria em delitos culposos*.[48]

3.4 Co-autoria culposa, alcance do tipo e fim de proteção da norma

O *fim de proteção da norma de cuidado*, ou seja, o *fim de proteção da norma extra-penal*, deve ser analisado no âmbito da *realização* do risco não permitido.[49] Já o *alcance do tipo*, que são as hipóteses em que o fim de proteção da *norma penal* (a proibição de matar, danificar, causar lesões etc) não abrange de antemão determinadas condutas e conseqüências, possui sua análise realizada no plano da criação do risco. Tais hipóteses, conforme ROXIN, seriam a *cooperação em uma autocolocação em perigo dolosa*, em que se coopera com ações em que terceiros se colocam, por escolha própria, em perigo; *a consentida colocação em perigo através de um terceiro*, em que não é a própria pessoa quem se coloca dolosamente em perigo,

47. ROXIN, *Derecho penal...*, 1997, p. 381. Maiores detalhes SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.3.

48. Para uma melhor compreensão e uma visão mais completa SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.3.

49. ROXIN, *Derecho penal...*, 1997, p. 378.

mas se deixa colocar em perigo por outrem, tendo consciência do risco; *a atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio*, em que os resultados cuja evitação cai no âmbito de responsabilidade de outra pessoa.[50] Para ROXIN, o alcance do tipo constituiria *um terceiro nível de imputação* no sistema da imputação objetiva.[51] Entretanto, a segregação do alcance do tipo numa categoria autônoma é criticável sob o argumento que os problemas tratados neste âmbito em nada diferem dos casos analisados no campo da criação do risco juridicamente desaprovado, de modo que não há justificativa para que sejam segregados numa categoria autônoma.[52] Assim, GRECO, JAKOBS, FRISCH e PUPPE preferem analisar as hipóteses em que a própria vítima ou terceiros contribuem para o resultado típico no plano da *criação de risco* e desconsideram a existência de um terceiro nível de imputação além da criação do risco e da realização deste no resultado.[53] A crítica procede, pois realmente não há razões para considerar o alcance do tipo como uma categoria autônoma de imputação, mas sim para aceitá-lo como um importante princípio limitador da atribuição de um risco criado a um sujeito.

De acordo com a hipótese de *autoria colateral* ou de *co-autoria culposa* esses princípios levarão a análises e conclusões diferentes. Na autoria colateral existem autorias paralelas e, por isso, riscos isolados que se realizam isoladamente no resultado. A análise da incidência do alcance do tipo deverá ser feita isoladamente no plano da criação do risco não permitido e, também de uma forma isolada, no âmbito da realização de cada risco criado, ainda que exista o incremento do risco, que poderá, na hipótese de realização de todos os riscos, no máximo atribuir autoria colateral mas nunca co-autoria aos intervenientes. Na co-autoria culposa existem riscos não permitidos criados em razão de um acordo comum e

50. ROXIN, *Derecho penal...*, 1997, p. 378.

51. ROXIN, *Derecho penal...*, 1997, p. 387 a 402.

52. GRECO, Luís. *A teoria da imputação objetiva: uma introdução. In*: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, 2002, p. 117 e 118.

53. GRECO, *A teoria... In*: ROXIN, *Funcionalismo...*, 2002, p. 117.

que, através do incremento de risco, transformam-se num risco conjunto, criado por todos os riscos, suficiente para atribuir a co-autoria aos sujeitos. A análise do alcance do tipo ocorrerá no plano da criação de risco por cada sujeito de forma isolada, entretanto, o fim de proteção da norma de cuidado incidirá sobre o risco conjunto, cuja responsabilidade é de todos os co-autores, sem que importe a realização de cada risco criado individualmente, pois a partir do incremento do risco, a construção da co-autoria tornou todos responsáveis pela realização no resultado do risco conjunto.[54]

4. Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, Rio de Janeiro: Liber Juris,1979.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

DE MARSICO, Alfredo. *Diritto penale, parte generale*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1969.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, São Paulo: Editor José Bushatskey, 1976.

_____. *Lições de direito penal: parte geral*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense: 1980.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinqüência no direito penal brasileiro*, São Paulo: Editor José Bushatskey, 1976.

GRECO, Luís. *Imputação objetiva: uma introdução*, in: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, tradução e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Introdução à dogmática funcionalista do delito, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, São Paulo: 2000.

54. Assim, SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Cap. 4, item 2.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, volume 1, Rio de Janeiro: Forense, 1949.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, volume 1, 2ª edição, tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*, tradução de José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares Editorial, 1993.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, volume 1, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Direito penal*, volume 1, 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, tradução de Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles, Santa Fé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

LYRA, Roberto. *A expressão mais simples do direito penal*, Rio de Janeiro: Rio, 1976.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, volume 2, tradução de Juan Cordoba Roda, Barcelona: Ediciones Ariel, 1963.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*, Madrid: Edersa – Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, volume 1, São Paulo: Saraiva,1959..

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,1999.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale, reato e conseguenze giuridiche*, volume 2, Torino: G. Giappicheli Editore, 1993.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*, tradução da 7ª edição alemã de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. *Derecho penal, parte general*, volume 1, tradução da 2ª edição alemã de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, tradução e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho y el proceso penal*, tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*, 2ª edição, tradução de Ana Paula Natscheradetz, Lisboa: Vega Editora, 1993.

SAUER, Wilhelm. *Derecho penal: parte general*, tradução de Juan del Rosal e José Cerezo, Barcelona: Bosch, 1956.

SOUZA SANTOS, Humberto. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, Barueri-SP: Manole, 2004.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal, parte general*, volume 1, tradução da 2ª edição alemã de Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, 4ª edição, tradução de Juan Busto Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997.

Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir[1]

Karyna Batista Sposato

Mestre em Direito Penal pela USP e doutoranda em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Pablo de Olavide – Sevilha/Espanha. Advogada e diretora executiva do ILANUD Brasil.

Sumário: Apresentação – 1. Introdução ao conceito normativo de culpabilidade – 2. Modernas teorias da culpabilidade: 2.1 Responsabilidade e finalidades preventivas em Roxin; 2.2 Funcionalismo e fidelidade ao direito em Jakobs; 2.3 Responsabilidade e proporcionalidade em Hassemer; 2.4 Motivação e a combinação entre dogmática e política criminal em Muñoz Conde – 3. Considerações finais – 4. Bibliografia.

Resumo: O artigo trata do princípio da culpabilidade a partir das modernas teorias formuladas por Winfried Hassemer, Claus Roxin, Günther Jakobs e Francisco Muñoz Conde. Discute-se em que medida a culpabilidade funciona como limitação ao poder punitivo ou ao revés, fundamenta a pena, demonstrando sua necessidade. A questão é das mais relevantes na Teoria do Delito, como critério legitimador da pena e de individualização da sanção. E vive hoje uma inegável crise, expressa na disputa entre funções político-criminais e a determinação da proporcionalidade da sanção penal – tarefas atribuídas a um único conceito de

1. Este artigo foi apresentado como requisito no primeiro módulo do Programa de Doutorado "Problemas Atuais do Direito Penal e da Criminologia" da Universidade Pablo de Olavide – Sevillha/Espanha de janeiro a março de 2005.

culpabilidade. A discussão para além de um interesse teórico-acadêmico, é de fundamental importância pois pode influenciar em opções de política criminal na direção de um sistema penal reduzido ao mínimo indispensável à convivência social.

Palavras-chave: Culpabilidade – Responsabilidade – Finalidades da pena – Proporcionalidade – Individualização da pena.

Culpa: del Latin culpa, ae, el verbo culpo culpare, culpatum; el adjetivo culpábilis, que en realidad significa "el que es digno de ser culpado"; el sustantivo derivado de éste, culpabilitas, que significa por tanto la condición por la que uno puede ser culpado; culpatio, que es la acción de culpar; culpator, que es el que se cuida de ejercer esta acción; culpatus, que es en quien recae la acción del culpator; culpándus (part. pas. de fut.), que es aquel contra quien tiene que ir el culpator. Por Mariano Arnal –
EL ALMANAQUE *Espanha/2005*

Apresentação

Este trabalho tem por objetivo discutir a culpabilidade a partir de seus dois grandes atributos: a fundamentação da pena, e seu limite. Trata-se de retomar as distintas teorias formuladas modernamente com o intuito de refletir em que medida a culpabilidade funciona como limitação ao poder de castigar do Estado, seja como critério de individualização da sanção penal, ou mais, de legitimação acerca da necessidade da pena.

Sabe-se que o tema insere-se dentre os mais importantes na moderna teoria do Direito Penal, mais precisamente na Teoria do Delito, uma vez que mediante uma idéia de culpabilidade se atribui ao agir humano uma característica ou uma feição que o torna culpável, e por conseqüência punível. É dizer que a culpabilidade é um dos elementos centrais na definição de relevância penal a determinados atos ou fatos produzidos pela ação humana.

Dito de outro modo, é a culpabilidade juntamente com a ilicitude e a antijuridicidade que fundamenta a imposição de uma pena em nossa cultura

jurídica. É desta maneira, *prima facie* a possibilidade de atribuir e responsabilizar uma pessoa concreta de determinado fato.[2] Entretanto, além de fundamentar a pena, cabe à culpabilidade limitá-la, servindo de parâmetro de referência para a individualização da sanção.

Esta compreensão está presente desde as formulações de Arthur Kaufmann e Achenbach e se traduz numa "idéia de culpabilidade" com dupla conotação ou significado, o de legitimar a imposição de uma pena e ao mesmo tempo limitar sua incidência sobre determinado sujeito.

Todavia, não se pode perder de vista que o fundamento material da culpabilidade e os elementos que a integram vivem hoje uma profunda crise. E não menos importante é a disputa entre funções político-criminais e a determinação da proporcionalidade da sanção penal, como tarefas atribuídas a um único conceito de culpabilidade. É justamente sobre estas questões que pretendemos nos debruçar.

1. Introdução ao conceito normativo de culpabilidade

A culpabilidade é em nossa cultura jurídica um dos pressupostos decisivos para a responsabilização jurídico-penal, e sua conceituação advém basicamente de duas visões da culpabilidade, a psicológica e a normativa, sendo a última a que melhor traduz o conceito de culpabilidade que manejamos no chamado Direito Penal de Culpabilidade.

A partir da segunda metade do século XIX surge a concepção psicológica da culpabilidade, em profunda consonância com a teoria jurídica do delito própria dos sistemas de Franz Von Liszt e Ernst Beling, que conceituam o tipo penal como uma fórmula estritamente objetiva e descritiva e que localizam "todo o subjetivo" na culpabilidade.

Enquanto Liszt constrói a culpabilidade como uma relação subjetiva entre o ato e o autor, Beling no mesmo sentido aponta a relação do autor com o re-

2. QUINTERO OLIVARES, GONZALO FERMÍN; MORALES PRATS Y PRATS CANUT, J. MIQUEL. *Manual de Derecho Penal Parte General.* Editorial Aranzadi, S.A. 3ª Edición.

sultado e sua vinculação subjetiva com o fato praticado. Para ambos, o que vincula o autor à realização da conduta é a culpabilidade, havendo um pressuposto ideológico acerca da liberdade do homem e de sua capacidade intelectual. Também Gustav Radbruch sustenta um conteúdo de vontade na culpabilidade, uma relação psicológica com o resultado.

Trata-se de um conceito de culpabilidade de matiz causalista, uma vez que busca um nexo psíquico entre a ação e o resultado, cabendo à culpabilidade conceder uma explicação causal subjetiva, simultânea e paralela ao nexo de atribuição objetiva.[3] Deste modo, se configura um sistema bipartido rígido do ilícito, separando drasticamente elementos objetivos dos elementos subjetivos, distinguindo, portanto o injusto (elementos objetivos) da culpabilidade (elementos subjetivos).

É importante identificar a influência do positivismo naturalista para esta construção, pois o delito se manifesta como um sucesso natural, passível de observação tal qual um fenômeno das ciências naturais. A culpabilidade nesta perspectiva é um fato psíquico, observável e também passível de uma descrição.[4]

A conseqüência mais eloqüente do esquema psicológico é imputar determinado fato a um sujeito entendido como culpável, a título de dolo ou culpa,[5] buscando estabelecer uma relação psicológica entre o autor e seu ato.

Paulatinamente as críticas a um conceito de culpabilidade positivista-determinista, que se reduzia às idéias de dolo e culpa, conduziram à construção de um conceito normativo de culpabilidade, do qual Reinhard Frank é o maior expoente como fundador, por haver acrescentado ao dolo e a culpa as chamadas

3. GONZALO D. FERNANDEZ. *Culpabilidad y teoría del delito.* Buenos Aires: Editorial B de F., 1995, vol. 1, p. 164.

4. JESCHECK, HANS-HEINRICH. "Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* (www.criminet.ugr.es)

5. Historicamente culpa e dolo são conceitos utilizados para a atribuição subjetiva de responsabilidade, e até fins do século XIX, foram os mesmos para o direito civil e o direito penal. (QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MORALES PRATS, FERMÍN. Y PRATS CANUT, J. MIQUEL. *Manual de Derecho Penal Parte General,* Editorial Aranzadi, S.A. 3ªEdición.

circunstâncias concomitantes e conceber-lhes como elementos da culpabilidade. Sua maior contribuição, entretanto, é o conceito de reprovabilidade como uma valoração negativa de uma conduta desaprovada e que configura, em seu ponto de vista, o perfil normativo da culpabilidade.

Por normativo podemos entender o conceito de culpabilidade a partir de Frank porque é também à luz de suas afirmações que tem início uma concepção de que a culpabilidade descansa sobre a norma de dever individual e a exigibilidade se dá quando há a possibilidade de uma conduta adequada ao Direito. Destacam-se nesta linha, Goldschmidt e Freudenthal e não se pode negar a presença do neokantismo[6] em tais formulações, uma vez que acrescenta-se ao conceito clássico causal de delito, no qual dolo e culpa são elementos da culpabilidade, as idéias de dano social e reprovabilidade.

Pode-se dizer que com James Goldschmidt e Freudenthal se estrutura uma teoria da exigibilidade na medida em que desenham um conteúdo material: a desobediência de um dever jurídico como fundamento da culpabilidade. Mais do que isso, a reprovabilidade se expressa pelo não deixar-se motivar pela representação do dever e a exigibilidade se constitui no fundamento para a imposição da culpabilidade.

O que está por detrás da exigibilidade, no entanto, é a idéia de que o sujeito poderia agir de modo distinto, ou seja, com livre arbítrio.

Com os avanços do Finalismo, mudanças são implementadas no conceito normativo de culpabilidade, passando este a incorporar a partir de Hans Welzel um critério de reprovabilidade consistente na formação antijurídica da vontade do autor.[7] Para Welzel, a culpabilidade é a parte da responsabilidade do autor por sua

6. A influência do Neokantismo a partir da segunda metade do século XIX para o Direito Penal consistiu na introdução de métodos próprios das ciências humanas dirigidos à compreensão e valoração, em substituição aos métodos das ciências naturais de observação e descrição.

7. Tal concepção pode ser vista em uma sentença do Supremo Tribunal Federal Alemão, que versa sobre o erro: "*Com o juízo de desvalor da culpabilidade se reprova o autor que tenha decidido pelo*

determinação antijurídica, muito embora o mesmo não explique de que forma uma pessoa pode evitar o delito e utilizar seu autocontrole com a finalidade de atuar conforme o Direito, ou seja, também Welzel não oferece uma explicação do livre arbítrio,[8] que segue como uma categoria carente de comprovação empírica.

Importa reconhecer que na doutrina finalista da ação se impõe uma separação entre os elementos objetivos do delito e o conceito de culpabilidade, que se perfaz da idéia de reprovação.

Observa-se, portanto, que o finalismo se vale da fórmula de Frank de que culpabilidade equivale à reprovabilidade, agregando a ela, elementos valorativos (normativos). Deste modo, a culpabilidade é a reprovação decorrente de uma ação típica e antijurídica realizada, e implica ser responsável por um comportamento antijurídico. Este é um aspecto de relevância, pois é o que faz do conceito de culpabilidade um conceito jurídico e não moral ou meramente psicológico. Por esta razão, Maurach e Heinz Zipf denominam este conceito de *conceito complexo de culpabilidade* porque compreenderia conjuntamente elementos psíquicos e valorativos.

Muitos autores atuais[9] vêem demonstrando a necessidade de uma redefinição do conceito de culpabilidade, ou de outra parte, até mesmo de sua eliminação como fundamento do delito. Se for possível atribuir à crise do conceito de culpabilidade alguma atualidade, esta talvez se refira de um ponto de vista dogmático, à dificuldade de medir a liberdade de vontade de um autor de um delito ou de sua capaci-

injusto quando poderia comportar-se licitamente, e decidir-se pelo Direito. (...) A razão profunda da reprovação de culpabilidade está no fato de que o homem está em disposição de autodeterminar-se livre, responsável e moralmente, e está capacitado, portanto, para decidir-se pelo Direito ou ao contrário pelo injusto."– BGHSt 2, 2000. (ROXIN, CLAUS. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal.* Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p.. 64.)

8. JESCHECK, HANS-HEINRICH. Loc. Cit.

9. Vale dizer que a crise do conceito de culpabilidade e também da idéia de livre arbítrio é tão antiga quanto o Direito Penal contemporâneo, datando desde a Escola Positiva italiana as primeiras objeções.

dade de atuar de modo distinto, e de um ponto de vista de política criminal, à dificuldade de legitimação da pena, uma vez que não se pode negar que atualmente mais do que antes se espera obter conseqüências positivas através da utilização do Direito Penal. O velho debate acerca da liberdade individual do autor e das finalidades retributivas ou preventivas da pena estatal se renovam na discussão sobre a culpabilidade, que oscila entre a culpa individual e sua justa retribuição e a supremacia da prevenção.[10]

2. Modernas teorias da culpabilidade

Como visto, nossa cultura social e jurídica mantém um conceito de culpabilidade calcado na idéia de liberdade do sujeito. Dizer "quem tem a culpa" implica admitir um grau de decisão e responsabilidade naquele que atuou de forma ilícita e antijurídica.

Entretanto, tendências preventivo-especiais existentes desde Liszt pressionam na direção de um direito penal de autor,[11] pois a questão de que a inter-

10. Por prevenção entende-se a prevenção geral – a possível influência sobre o autor – e a prevenção especial – a correção e a garantia de que os eventuais autores não voltem a delinqüir. (NAUCKE, WOLFGANG. "Prevención general y derechos fundamentales de la persona." En: FERNÁNDEZ, GONZALO D. "dir." *Principales problemas de la prevención general.* Buenos Aires: Editorial B de F. 2004, p. 15.)

11. Como acentua Zaffaroni, por Direito Penal do Autor denomina-se o conjunto das teorias que concebem a explicação da pena em características dos autores dos delitos. Este direito penal imagina que o delito é um *estado do autor*, sempre inferior às demais pessoas consideradas normais. Este estado de inferioridade tem para alguns natureza moral e para outros natureza mecânica, ou seja, para os primeiros o homem que incorre na prática de delitos coloca-se em estado de pecado penal, em conseqüência, a reprovação e a pena devem adequar-se ao grau de perversão pecaminosa de sua conduta. Para os segundos, o delito sinaliza uma falha, indicando um *estado de perigo ou perigosidade*, e as agências jurídicas constituem aparatos mecanicamente determinados a corrigir ou neutralizar as peças que falham. Em ambas concepções, o criminalizado é um ser inferior. (ZAFFARONI, EUGENIO, RAUL. *Derecho Penal: parte general*/Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia –, Buenos Aires: Ediar. 2002. 2ª Edición) Claus Roxin adverte que o Direito Penal de Autor se verifica sempre que a pena se vincule à personalidade do autor e seja sua associabilidade e o grau da mesma o que decida sobre a sanção: o que faz culpável o autor não é o cometimento de um ato e sim que sua condição o converta em objeto de censura legal". (ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal – Tomo I – Fundamentos de la estrutura de la teoria del delito.* Madrid: Editorial Civitas, 1999. p. 176.)

venção sobre o delinqüente é necessária para evitar delitos futuros depende mais de sua personalidade que do fato concreto individual.

Esta parece ser a questão recorrente para o Direito Penal que já em 1930 Zimmerl apontava como a questão central na definição de que modelo de Direito penal deve estruturar o sistema:

"*Fato concreto ou personalidade: esta é a pergunta sobre o fundamento primário de todo sistema*".

Trocando em miúdos, a moderna discussão sobre a culpabilidade não escapa da mesma pergunta: a culpabilidade dirige-se a avaliar a personalidade e as condições pessoais do autor do fato para indicar a pena mais adequada ao alcance de finalidades preventivas, ou dirige-se à avaliação do fato em si mesmo e da atuação do sujeito com vistas a adequar a sanção a uma fórmula o mais proporcional possível à medida de sua "culpa". Ou expressa em última instância uma ofensa à ordem jurídica, que portanto gera a necessidade de castigo como mecanismo de restabelecimento do Direito.

Neste trabalho nos deteremos a quatro autores: Claus Roxin, Günther Jakobs, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde com concepções distintas da culpabilidade e que por conseguinte oferecem caminhos divergentes quanto à necessidade de redefinição do conceito e sua incidência para a responsabilização penal. Podemos identificar posturas de substituição, reforço, eliminação ou superação do conceito de culpabilidade como fundamento do delito.

Chamamos de substitutivas as propostas de Roxin, uma vez que o autor sugere que o conceito normativo de culpabilidade seja aperfeiçoado na direção de um conceito normativo de responsabilidade. A leitura de Jakobs, por sua vez, aponta para a construção de um conceito material de culpabilidade que atenda a fins sociais, demonstrando que a culpabilidade cumpre uma função de reforço à fidelidade ao Direito; Hassemer discute a eliminação da reprovação como elemento da culpabilidade e a necessária preponderância de um conceito de respon-

sabilidade atento ao fato concreto. Por último, Muñoz Conde propõe a superação da culpabilidade com a introdução de uma dimensão social que permita avaliar a conveniência e a necessidade da imposição de uma sanção penal tendo em vista as condições pessoais e sócio-econômicas do sujeito.

2.1 Responsabilidade e finalidades preventivas em Roxin

A questão essencial da qual parte Roxin é se a culpabilidade funciona como uma justificativa para a pena. Para ele de um lado o conceito de culpabilidade cumpre um papel de legitimação ao mal que se impõe ao acusado (idéia de retribuição), e de outro, limita o poder de intervenção estatal, assinalando o limite máximo da pena.[12]

Este segundo aspecto é bastante reforçado por Roxin, que vê na culpabilidade um meio de limitar sanções jurídico-penais, mas não de fundamentá-las. Sua função político-criminal consiste em impedir que por razões de prevenção geral ou especial se abuse da pena.

Importante ainda observar que seu conceito de culpabilidade combina elementos de conteúdo material de caráter subjetivo e objetivo, e se constitui por três aspectos, objeto de valoração (o tipo de culpabilidade): a valoração em si mesma (que muitos autores designam como reprovabilidade/ reprovação); e a união entre o objeto e seu predicado de valor (fato culpável).

Na busca de um conceito material de culpabilidade, Roxin defende que os princípios político-criminais da Teoria dos Fins da Pena sustentem a categoria sistemática que comumente se denomina culpabilidade. Demonstra que as tentativas em separar injusto de culpabilidade resultaram inconsistentes. Os

12. Esta visão de Roxin retoma o pensamento de Arthur Kaufmann de que "em ultima instância o problema da liberdade de vontade também pode atenuar-se, reconhecendo na culpabilidade unicamente uma função limitadora e considerando que seu único sentido consiste em limitar a pena que por outras razões é legítima e necessária, e deste modo, proteger o indivíduo frente aos abusos do poder punitivo do Estado". ROXIN, CLAUS. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Op. Cit.

Binômios: Objetivo/Subjetivo; Dever /Poder; Geral/Individual; Desvalor da Ação/Desvalor da Atitude Interna apenas abarcam fragmentos parciais da problemática e não compreendem a totalidade dos fenômenos que se devem incluir sistematicamente nestas categorias.

Reforça que o decisivo não é o poder atuar/ agir de outro modo, e sim que o legislador, a partir de pontos de vistas jurídico-penais, torne responsável o autor por sua ação. Por isso, trata-se mais de um conceito de responsabilidade[13] que culpabilidade, pois o que está em jogo são critérios de política criminal que permitam definir a questão quanto à necessidade jurídico-penal de sancionar no caso concreto. A responsabilidade tem como pressupostos a culpabilidade e o conhecimento da antijuridicidade. Enquanto a antijuridicidade confere a um determinado fato o predicado de infringir a ordem do dever-ser jurídico-penal, a responsabilidade significa uma valoração do ponto de vista de fazer responsável penalmente o sujeito.

Como decorrência, no marco da culpabilidade como fundamento da pena, Roxin concebe que as tradicionais causas de exclusão da culpabilidade são, em verdade, casos de exclusão da responsabilidade baseadas nos fins da pena. Ou seja, são considerações de prevenção geral e especial que levam o legislador a renunciar à sanção.[14] A distinção entre culpabilidade e responsabilidade reside precisamente em admitir que a reprovação ou reprovabilidade é uma condição necessária mas não suficiente para a responsabilidade, sendo imprescindível a necessidade preventiva de sanção. Portanto, a responsabilidade consiste em culpabilidade do sujeito combinada com necessidade preventiva da sanção penal. Ressalte-se que seu conceito de culpabilidade é empírico-normativo, vez que é empiricamente constatável a capacidade de autocontrole e a acessibilidade normativa por parte do sujeito.[15]

13. Assim também Henkel que concebe uma zona limite de exclusão da responsabilidade que escapa a uma normatização descritiva e é recomendada ao juiz para que pondere no caso em concreto.

14. Juntamente com Leckner, Roxin aponta que a renúncia ao castigo se produz tanto por razões de prevenção geral como também de prevenção especial.

15. Por acessibilidade normativa devemos entender a capacidade de comportar-se conforme a norma, que é conhecida pelo sujeito.

Por outro lado, no marco da culpabilidade como determinação da pena, observa que o grau de culpabilidade serve à determinação da pena impondo limites às finalidades preventivas. Uma proporcionalidade entendida como justa entre culpabilidade e pena proporciona à condenação a possibilidade de um consenso na comunidade jurídica e assegura a autoridade da norma, o que é sumamente útil para a manutenção do ordenamento jurídico.

Nesta direção, pondera que nenhuma necessidade preventiva por maior que seja pode justificar uma sanção que contradiga o princípio de culpabilidade.[16] A necessidade preventiva opera como uma proteção adicional frente à intervenção do Direito Penal, pois restringe a possibilidade de punição da conduta culpável mediante a exigência de que a mesma seja preventivamente imprescindível.

Conseqüentemente, uma pena pode ser inferior ao grau de culpabilidade, quando a pena adequada à culpabilidade possuir um efeito previsivelmente contrário à socialização. Mas jamais poderá ser superior. Por isso, faz-se relevante frisar que para Roxin, embora a culpabilidade seja determinada em seu conteúdo por critérios preventivos, não se confunde com prevenção e produz recíprocas limitações ao poder punitivo. Vejamos: como fundamento da pena a idéia de responsabilidade impõe uma limitação ao poder de castigar do Estado ao condicioná-lo a uma necessidade pública de prevenção, e simultaneamente como determinação da pena, a responsabilidade ao abarcar a culpabilidade do sujeito limita a prevenção geral intimidatória e a prevenção especial dirigida ao tratamento.

16. Muñoz Conde elucida que a culpabilidade pode ser compreendida a partir de uma tripla função: como fundamento da pena – no que se refere à verificação dos elementos necessários para a imposição de uma pena (capacidade de culpabilidade, conhecimento da antijuridicidade, exigibilidade de conduta diversa) –, como elemento de determinação ou medição da pena – no tocante à gravidade e duração da pena adequadas ao caso concreto –, e como proscrição de responsabilidade pelo resultado – o que reduz as formas e imputação de um resultado ao dolo e à imprudência. Esta última é justamente a que caracteriza o princípio de culpabilidade, já que exige a existência de dolo ou imprudência para que uma pena possa ser imposta. (MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal – Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 6ª Edición, 2004, p. 95.)

Entende desta maneira que a manutenção do princípio de culpabilidade significa uma decisão de princípio em favor da prevenção geral integradora,[17] e apenas dentro de seus limites admite-se uma prevenção geral intimidatória.

A manutenção do conceito de culpabilidade justifica-se por três razões principais: a primeira, de ordem terminológica, dada a tradição em nossa cultura jurídica e social, a segunda de cunho dogmático dado o reconhecimento de que é a culpabilidade a categoria que estabelece em muitas legislações e ordenamentos jurídicos, a ponte necessária entre fundamentação e determinação da pena, e a última razão, mas não menos importante, de caráter político-criminal, que consiste em conceber uma distinção estratégica entre culpabilidade e prevenção, definindo-se a culpabilidade como pressuposto de uma responsabilidade configurada preventivamente.

2.2 Funcionalismo e fidelidade ao direito em Jakobs

Günther Jakobs também discute a culpabilidade a partir de sua função de legitimação da pena estatal, sendo que desenvolve um conceito funcional de culpabilidade, com atribuição preventiva geral. Para ele somente a finalidade dota de conteúdo o conceito de culpabilidade, e vê esta finalidade na prevenção geral, tanto no sentido de intimidação como também de validação das normas penais.

O fim orientador (rector) e determinante da culpabilidade é a estabilização da confiança ao ordenamento jurídico perturbado pela conduta delitiva. A atribuição de culpabilidade e a punição a ela vinculada têm o condão de confirmar a "correção da confiança na correção de uma norma". O delito frusta as expectativas da comunidade jurídica e tal frustração se compensa interpretando como falha não a norma e sim a conduta que a frustrou (prevenção geral positiva).

17. Por prevenção geral integradora devemos entender a capacidade das normas penais e sua imposição em motivar o cumprimento e a interiorização das regras de convivência elementares e que reforçam a confiança social no Direito. Enquanto que a prevenção geral intimidatória se caracteriza pela intimidação aos cidadãos que a ameaça da pena promove.

As críticas à visão funcionalista de Jakobs destacam uma instrumentalização do indivíduo que apenas serve como instrumento dos interesses sociais de estabilização.[18] Ele por sua vez, rebate as críticas com a assertiva de que é a reprovabilidade o que legitima a pena, e que a utilidade pública da pena jamais poderá sobrepor-se à culpabilidade do autor, o que traduz o respeito em face da dignidade da pessoa humana.[19] Acrescenta que um conceito material de culpabilidade implica normas legítimas, reforçando que o ordenamento jurídico não pode comportar-se frente a um autor como se fosse um "cachorro".[20]

O Direito Penal de Culpabilidade para Jakobs está fundamentado por fins sociais, e a culpabilidade nada mais é que falta de fidelidade ao Direito, ou ainda a demonstração de um déficit de fidelidade ao ordenamento jurídico.

Em sua obra "*Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*", explicita que é através do conceito de culpabilidade que se operam as soluções decisivas da teoria da imputação.

Parte de uma distinção fundamental entre sociedade e mundo exterior, que expressa a separação entre *sentido e natureza*, sendo que o que se entende por *sentido* ou por *natureza* se determina funcionalmente. A culpabilidade é para Jakobs o conceito que separa *sentido* de *natureza*.[21] Para melhor compreendermos sua posição faz-se necessário saber que o injusto para Jakobs se ocupa da presunção de que existe uma expressão de sentido defeituosa. Ou seja, o delito demonstra uma carência de validez da norma, e toda expressão de sentido com conteúdo

18. Desde Kant, há a advertência de tratar-se de uma violação da dignidade humana. "o ser humano jamais pode ser utilizado meramente como meio para os propósitos de outro e ser misturado com os objetos do Direito das Coisas, o que fere sua personalidade inata".

19. JAKOBS, GÜNTHER. "El princípio de culpabilidade". En: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 365.

20. JAKOBS, GÜNTHER. Op. cit., p. 381.

21. Importante observar que a expectativa normativa é, antes de mais nada, uma expectativa cognitiva.

defeituoso gera responsabilidade, uma vez que existe uma expectativa de fidelidade suficiente ao Direito.

A responsabilidade, entretanto, somente se pode atribuir ao cidadão fiel ao Direito, ou ainda à pessoa em Direito.[22] Por conseqüência, a medida da culpabilidade não mede ao sujeito, e sim uma pessoa, no sentido mais geral e de quem se espera respeito e fidelidade ao direito. É dizer aquele que presta uma mínima garantia cognitiva de comportamento fiel ao Direito. Significa conceber que o Direito penal não se desenvolve na consciência individual, e sim na comunicação. Os atores são pessoas (tanto o autor do fato, a vítima ou o juiz) e suas condições são determinadas socialmente, e não individualmente.

A conseqüência prática de seu conceito de culpabilidade, como *sentido*, remete à função das leis penais como motivadoras e, portanto, com o escopo de evitar condutas delitivas, donde se depreende também a prevenção geral negativa (intimidação).

Em resumo, a culpabilidade para Jakobs é um conceito funcional que expressa um defeito de motivação, e sua proclamação deve reforçar a confiança na ordem jurídica.

2.3 Responsabilidade e proporcionalidade em Hassemer

A construção de Hassemer acerca do conceito de culpabilidade parte da observação crítica de suas principais fragilidades. Em primeiro lugar identifica o autor que o tradicional conceito de culpabilidade travestido em princípio desvia a co-responsabilidade da sociedade sobre o delito, deixando-a tão somente ao indivíduo, em quem se manifesta uma suposta maldade geral. Em segundo, devemos reconhecer que ainda hoje manejamos um conceito híbrido de culpabili-

22. Pessoas são destinatários de direitos e deveres, e vice-versa. Somente é pessoa quem é capaz juridicamente, e portanto está excluído do âmbito das pessoas aquele que não pode desfrutar ou exercer nenhum direito em *Configuración Normativa de la Sociedad.* Madrid: Editorial Civitas, 2004, p. 52.)

dade moral e culpabilidade jurídica, e que por mais esforços destinados, a culpabilidade jurídica nada mais é do que um modo deficitário da moral.

Por fim, resta também evidente um desequilíbrio entre Lei Penal e culpabilidade em muitos casos concretos, nos quais a demonstração de falta de culpabilidade gera conseqüências muito mais graves que a pena poderia gerar, como se vê, por exemplo, com a imposição de medidas de segurança.

Desta maneira parece indiscutível que tanto um conceito abrangente de culpabilidade como sua expressão principiológica estejam sofrendo uma progressiva erosão diante dos desafios atuais colocados ao Direito penal, em especial a obtenção de conseqüências positivas. Dentre os penalistas já se admite que a culpabilidade não seja discutida em torno da "liberdade de vontade" ou da capacidade de atuar de modo distinto, e sim a partir das finalidades de prevenção geral e especial.

Para postular uma revisão do conceito, Hassemer identifica cinco dimensões da culpabilidade. Começando pela imputação subjetiva, devemos ter presente que a culpabilidade possibilita uma vinculação entre um acontecer injusto/fato injusto e uma pessoa atuante. Propõe de plano um segundo aspecto que é a responsabilidade como um critério de aperfeiçoamento da imputação subjetiva pelo conceito de domínio do fato, ou ainda da possibilidade de governar o acontecer lesivo.

No que diz respeito à diferenciação de graus de participação interna reforça sua particular função de valoração entre distintos graus de responsabilidade que vão desde a imprudência inconsciente até a comissão intencional de um delito. E sobretudo no tocante aos atores, vítima e autor do delito, que também modificam a valoração dos graus de participação interna.

Quanto à vítima, é necessário reconhecer que a partir de sua perspectiva pode-se se sentir o dano causado de diferentes modos, ou seja, quem atua dolosamente produz um dano maior que aquele que atua imprudentemente, ainda que seja do ponto de vista social pessoal e não médico-empírico. Delitos que se realizam na

presença do autor e da vítima encerram uma vexação social e pessoal da vítima. O exemplo de um delito de estupro expressa bem que mais que as lesões físicas produzidas, produz-se também uma séria violação à dignidade da vítima.

Quanto ao autor, desempenham especial papel os chamados delitos sem vítimas, pois nestes também quem atua dolosamente ameaça em maior grau a vigência da norma e ao mesmo tempo a ordem jurídica. Enquanto do autor imprudente espera-se maior cautela em suas ações no futuro, do autor que agiu com dolo, espera-se sua "conversão normativa, sua mudança de atitude frente às normas".[23]

A quarta dimensão refere-se à proporcionalidade para a adequação das penas, que acaba sendo uma decorrência das anteriores: possibilitar a imputação subjetiva, diferenciar graus de participação interna são tarefas que o direito penal cumpre não por um mero interesse acadêmico, senão por buscar fundamentar e medir uma conseqüência jurídico-penal que possa ser qualificada como justa.

Vale dizer que a proporção das sanções jurídico-penais se depreende justamente da aceitação de diferentes graus de participação, ou seja, a diferenciação que o conceito de culpabilidade produz é o que concretiza o princípio da proporcionalidade, sem, contudo, perdermos de vista que outros elementos interagem como critérios de proporcionalidade, como é o caso da lesão ao bem jurídico protegido.

Por último, a reprovação pode ser entendida como uma dimensão central do conceito de culpabilidade. E pressupõe um conjunto de elementos que Hassemer descreve detalhadamente. São eles: a Liberdade de Vontade como um elemento observável no processo penal que avalia e mensura as limitações materiais da liberdade do acusado, ou seja, os indicadores de déficit de liberdade. De outra parte, a vida cotidiana há de ser considerada, uma vez que nela se constrói os conceitos de reprovação ou desculpa. Todavia, a ponderação de que não exista uma vida cotidiana e sim normas grupais de referência e estilos de conduta com diferenças relevantes de reprovação e desculpa também pode desempenhar um

23. O terrorista que realiza um seqüestro busca um ataque à ordem estatal e jurídica.

papel relevante de exemplaridade para o Direito, é dizer, a cultura cotidiana pode ensinar a cultura do direito de que devemos ser mais cuidadosos com as reprovações, que podemos cogitar de evitá-las, ou esquecê-las. De modo geral, o Direito sempre manteve um distanciamento da cultura cotidiana; o desafio, entretanto, não é traduzi-la ao pé da letra, e sim na medida do factível transformar as formas humanas em formas institucionais de elaboração formalizada de conflitos.

Outro elemento da reprovação que não pode ser ignorado está presente no que Hassemer chama de *Teoria do Bode Expiatório*. A reprovação decorrente da culpabilidade faz com que a sociedade afetada pelo mal o projete sobre a pessoa individual, que deve ser afastada ou expulsa. Este mecanismo pode oferecer uma explicação a mais de porque a reinserção social do delinqüente é algo tão difícil de ser alcançado.

O autor defende que a eliminação da reprovação do conceito de culpabilidade, embora não pudesse extinguir com tal mecanismo psicosociológico, poderia evitar sua intensificação. Ademais, pondera que a reprovação já não cumpre a função de limitação das penas, e tampouco funciona como justificação do direito penal, pois que o direito penal sempre terá uma justificação ético-social que não se encontra no âmbito individual, ou na culpabilidade do indivíduo. A justificação se encontra na força do direito penal para elaborar os conflitos mais graves.

É importante perceber que Hassemer ao descrever as dimensões da culpabilidade e todos os elementos que a compõem acaba por desvendar sua utilização como mecanismo de intimidação[24] e tratamento. O juízo de culpabilidade tal qual hoje elaboramos restringe-se à verificação de em que medida a ação

24. Hassemer critica as Modernas Teorias de Prevenção Intimidatória relembrando que trabalham na mesma lógica dos sacrifícios humanos na construção de diques. A crença de que a imposição de uma sanção a quem infringe o ordenamento jurídico, influirá de maneira positiva em muitas outras pessoas que simpatizem com o delinqüente não se distingue muito da tradição medieval no norte da Alemanha de emparedar uma pessoa, nos diques de contenção do mar, preferentemente uma criança, pela crença de que isso faria com que o dique suportasse o mar mais eficazmente.

de um sujeito afronta o ordenamento jurídico, e se o mesmo sujeito é ou não objeto de tratamento.[25]

Critica veementemente que a culpabilidade sirva para definir o que se pode fazer racionalmente com uma pessoa, quando deveria servir para definir a responsabilidade. Ao propor um conceito de Responsabilidade, propõe que a atenção dispensada pelo Direito dirija-se a avaliar se o sujeito era responsável por sua ação típica e antijurídica, e não esteja voltada aos objetivos político-criminais de futuro. A responsabilidade desde sua perspectiva é um juízo que aponta ao passado e não ao futuro.

É dizer, de acordo com Hassemer a delimitação da responsabilidade e de seus distintos graus importa como fundamento e princípio de ajuste para a proporcionalidade da sanção penal. Conceitos deixados à margem pelas concepções preventiva e funcionalista.

2.4 Motivação e a combinação entre dogmática e política criminal em Muñoz Conde

O primeiro aspecto de elevada importância nos planteamentos de Muñoz Conde está na superação de um conceito de culpabilidade fundado na possibilidade de agir de modo distinto. Para ele, as normas penais se dirigem a indivíduos capazes de motivarem-se em seus comportamentos pelos mandatos normativos. A diferença é marcante na medida em que substitui a lógica de que os indivíduos

25. Luigi Ferrajoli descreve as doutrinas e legislações penais de tipo correcional que se desenvolvem a partir da segunda metade do século XIX, quando o projeto ilustrado e puramente humanitário de castigar menos se converte no disciplinar e tecnológico de castigar melhor. A literatura correcionalista demonstra que o projeto disciplinar é articulado com as finalidades da prevenção especial, a positiva – reeducação do réu, e a negativa de sua eliminação ou neutralização. Ambas não são excludentes e sim ocorrem acumulativamente na definição de finalidade da pena que será diversificada conforme a personalidade, corrigível ou incorrigível. As distintas doutrinas da prevenção especial (moralistas de emenda/da defesa social e da diferenciação da pena) preocupam-se mais com o sujeito que com o ato praticado. (FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal.* Madrid: Editorial Trotta, 1989.)

podem eleger entre várias formas de agir pela de que é a norma penal que motiva através de seus mandatos ou proibições para que os indivíduos, por exemplo, abstenham-se de determinada conduta em face da ameaça de pena.[26]

Configura desta forma, um conceito material de culpabilidade cujo fundamento descansa sobre as faculdades que permitam ao ser humano participar com seus pares e, portanto, em condições de igualdade em uma vida pacífica, e justamente organizada. Em outras palavras, a motivabilidade ou motivação, para Muñoz Conde, é a capacidade para reagir frente às exigências normativas.[27] Sendo que tais exigências ou expectativas se estruturam à luz de necessidades preventivas, e vale-se das lições de Mir Puig:

"O fundamento da culpabilidade não pode derivar-se, sin más (apenas), da natureza das coisas, como crê a concepção tradicional – não cabe castigo ao inculpável porque não pode atuar de outro modo – e perigosamente como dá a entender a teoria da motivação normativa – não cabe castigo ao inculpável porque não pode ser motivado em absoluto pela norma –; é imprescindível introduzir um momento normativo essencial(...) em um Estado Social e Democrático de Direito não se considera justo levar o desejo de prevenção até o castigo a quem atua sem culpabilidade".[28]

Refere-se, portanto, aos limites que necessidades preventivas podem impor às penas. Do ponto de vista da prevenção geral e especial. A prevenção ge-

26. Max Weber ao demonstrar a distinção sociológica entre Direito Público e Privado, reflete que o primeiro trata-se de um conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido que a ordem jurídica lhes deve atribuir, se referem à instituição estatal, isto é, que se destinam à conservação, à expansão ou à execução direta dos fins desta instituição, vigentes por estatuto ou consenso. O direito privado define como conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido atribuído pela ordem jurídica, não se referem à instituição estatal, sendo apenas reguladas por esta mediante normas. O mesmo autor ressalta que o *imperium ou jus imperii* do Estado tem como componente o poder de castigar, que constitui-se precisamente em "vencer a desobediência não apenas por violência direta mas também pela ameaça de desvantagens". (WEBER, MAX *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.* Vol. 2. Brasília: UnB, 1999).

27. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. "Culpabilidad y prevención en derecho penal". En: *Cuadernos de Política Criminal*, 1980, p. 54.

28. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal.* Barcelona, 19976, p. 147. Citado por Muñoz Conde.

ral se revela no ato de determinação da pena, e a especial por sua vez, na definição ao caso concreto da resposta adequada à ressocialização ou ao menos a não dessocialização do delinqüente.

Podemos incorrer em dois equívocos acerca da posição de Muñoz Conde, de que remete-se ao conceito puramente funcionalista de Jakobs, ao admitir que as exigências normativas são fixadas socialmente através de uma normativa concreta, ou ainda que defenda um caráter essencialmente preventivo tal qual Roxin para a culpabilidade. Nem uma, nem outra.

Em primeiro lugar, sua concepção de culpabilidade se desenvolve em referência aos demais, é dizer não se trata de um fenômeno individual isolado. Tampouco a culpabilidade traduza uma qualidade da ação individual. É uma característica que se lhe atribui para poder imputar a alguém. Donde decorre importante reconhecer que a definição do que é culpável e não culpável é uma opção de política criminal que determinado Estado elege.

Não se trata de uma visão funcional da culpabilidade porque mesmo partindo da função motivadora da norma penal, Muñoz Conde combina à frustração das expectativas normativas uma dimensão social como fundamento da culpabilidade, que impõe avaliar a utilidade da pena em face da motivação individual e do papel social do indivíduo. Prepondera sobre a busca de fidelidade ao Direito, um juízo de utilidade da pena, ou seja, a pena não deve ser aplicada a qualquer custo, mesmo sendo inútil e desnecessária apenas para reforçar a confiança no sistema.[29]

Por outro lado, não compartilha da separação proposta por Roxin entre dogmática jurídico-penal e política criminal, ou substituição da culpabi-

29. Gimbernat reforça que o Estado, ao impor uma pena, coloca-se em situação de demonstrar que esta seja necessária para alcançar uma convivência social suportável. E que esta pena seja suficiente em sua gravidade, tanto para conseguir a intimidação geral, como para a afirmação do Direito e a conseqüente segurança e confiança dos cidadãos. (BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALLARÉ. "Pena y Estado". En: *Papers, Revista de Sociologia*, 13 – 1980 – p.. 99 y ss.)

lidade por responsabilidade quando ao final as fragilidades conceituais apresentadas são as mesmas.

A máxima preventiva em Roxin padece de um deslize. Não é a culpabilidade que oferece o limite máximo para a imposição da pena, e sim o princípio de legalidade, que fixa os limites dentro dos quais pode mover-se o arbítrio judicial. E tão somente no marco do limite legal pré-estabelecido podem ser discutidas as necessidades preventivas. Demonstra-se inequívoca a relação entre dogmática e política criminal, favorecendo que se desmistifique o direito penal preventivo,[30] dado que tem o potencial de conferir legitimidade e eficácia político-criminal às normas penais.

3. Considerações finais

Considerando que é a culpabilidade e seus elementos que operam a atribuição de responsabilidade a um sujeito por um fato típico e antijurídico, devemos reconhecer que estamos diante de um dos aspectos fundamentais para o sistema de controle penal. Por isso, a culpabilidade não é só um problema do indivíduo imputado e sim do próprio Estado no tocante à sua legitimidade e capacidade de exigir responsabilidade. Em outras palavras, a culpabilidade detona para o Estado a necessidade de demonstrar sua condição para exigir do indivíduo o cumprimento das normas jurídicas, e evidentemente tal capacida-

30. Fala-se em desmistificação porque as críticas que se dirigem ao Direito Penal preventivo, ou ao Direito Penal voltado exclusivamente à prevenção do delito, questionam a legitimidade de um tratamento penal dirigido a alteração coativa da pessoa adulta com fins de recuperação ou integração social, e portanto violador não só da dignidade do sujeito tratado, senão também de um dos princípios do Estado Democrático de Direito, o respeito às diferenças e a tolerância às subjetividades humanas. Fala-se ainda que nesta perspectiva, o poder punitivo é concebido como bem metajurídico, e o delito como mal moral ou enfermidade natural ou social, o que acaba por justificar um direito penal máximo, que se impõe sob a égide de um Estado Pedagogo, Tutelar ou Terapeuta. A desmistificação aqui sugerida trata de reconhecer que embora o excesso preventivo possa dar margem a arbitrariedades, de outra parte necessidades preventivas especiais tem funcionado como fundamento para redução de penas, substituições e até mesmo a suspensão de sua execução.

de de exigir varia de acordo com cada pessoa, suas circunstâncias pessoais e sua relação com o próprio Estado.

A teoria dominante da culpabilidade penal baseia-se como vimos em um pressuposto lógico da liberdade de decisão do homem, e que se relaciona estreitamente com a idéia da possibilidade de atuar de modo distinto a partir da suposição de como outras pessoas atuariam nas mesmas circunstâncias, é o que se convencionou chamar de "teoria do homem médio", pois a punição se dirige àquele que se desviou da média. Importante observar não se tratar mais de um conceito psicológico, e sim normativo, sustentado em um juízo de reprovação.

Na reprovação identificamos a censura, e ambas, reprovação e censura são elementos que funcionam como justificativas reprobatórias do castigo que se dirige ao infrator. Em outras palavras, a reprovação ou a censura são expressão da moralidade que considera as pessoas responsáveis por seu comportamento. Quando alguém realiza um mal, outros o julgam negativamente porque sua conduta é repreensível. A censura consiste em demonstrar este juízo, ou seja, tratar o infrator como uma pessoa que realizou um dano.[31]

Censura e reprovação são, deste modo, elementos que integram um juízo de culpabilidade, uma vez que destinam-se ao infrator e ao mesmo tempo dirigem-se a terceiras pessoas levando a mensagem de que determinadas condutas são puníveis e, mais que isso, são daninhas e por isso devem ser inibidas ou evitadas. A ameaça mediante conseqüências negativas tem por escopo desalentar condutas delitivas[32] e isto se dá mediante uma dupla função presente no castigo: a conseqüência desagradável como medida da retribuição e a censura como razão de ordem moral que serve para desestimular comportamentos delitivos. Vale

31. A diferenciação entre o pagamento de um imposto e uma multa é elucidativa. Pois enquanto a multa expressa desaprovação e censura, o imposto é tão somente o cumprimento de um dever da cidadania. (VON HIRSCH, ANDREW. *Censurar y Castigar*. Madrid: Editorial Trotta. 1998, p. 35)

32. Este é o esquema de funcionamento do Direito Penal, pois o Estado criminaliza determinada conduta e emite uma ameaça legal consistente no castigo específico previsto. A ameaça está dirigida explicitamente para evitar a conduta prevista. (VON HIRSCH, ANDREW. Op. cit., p. 39)

observar que a natureza ou a gravidade da conseqüência também interage com a censura, na medida em que baixar ou elevar penas altera substantivamente o grau de censura expressado.

Não por acaso os autores sugerem uma substituição da idéia de poder atuar de modo distinto, pela capacidade de motivar-se pelas normas.

Voltamos assim à tensão inicial, retribuição e prevenção como objetivos perseguidos na conceituação da culpabilidade.

A culpabilidade desde uma ótica preventiva encontra duas vertentes que procuramos descrever neste trabalho, em Roxin e em Jakobs, sendo que este último levando às últimas conseqüências a prevenção geral.

Das lições de Roxin, devemos sublinhar a concepção de que assim como o injusto penal não pressupõe qualquer antijuridicidade senão uma antijuridicidade qualificada pelo dano social, os fins da pena não reclamam de todo injusto culpável uma punição, e sim remetem-nos a uma cota de reprovabilidade qualificada. O que faz Roxin é construir um conceito de culpabilidade atrelado à teoria dos fins da pena, evidenciando as finalidades preventivas e propondo uma vinculação entre política criminal e sistema penal.[33]

Na mesma direção, Muñoz Conde reforça a necessária inter-relação entre política criminal e dogmática penal, propondo um conceito de culpabilidade que contemple uma dimensão social acerca do imputado e consequentemente uma reflexão quanto à utilidade e conveniência de uma sanção penal, tendo em vista necessidades preventivas. Diferentemente de Roxin, substitui a lógica da finalidade por um critério de necessidade da pena, que cabe à culpabilidade oferecer.

Hassemer em aguda contradição à vertente preventiva, sustenta um conceito de culpabilidade como critério de proporção entre o agir e a punição. Para ele, a responsabilidade é determinada pelos diferentes graus de participação e a

33. SCHÜNEMANN, BERND. "La culpabilidad: estado de la cuestión". En: SILVA-SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA "ed." *Sobre el estado de la teoría del delito – Seminario en la Universidad Pompeu Fabra* Madrid: Cuadernos Civitas, 2000. p. 116.

culpabilidade deve configurar-se desta definição de responsabilidade, e não cuidar de atender objetivos político-criminais. Trata-se de uma avaliação do passado e não do futuro.

A posição de Jakobs, por sua vez, se concentra em objetivos de prevenção geral. Para ele, o Direito Penal não se desenvolve na consciência do indivíduo, e sim na comunicação, portanto a culpabilidade material em sua concepção nada mais é que um déficit de lealdade comunicativa.

O que se pretendeu demonstrar a partir desta descrição crítica das principais tendências acerca da culpabilidade na moderna teoria do delito, é a necessidade de uma redefinição conceitual, que permita construir uma conexão punitiva[34] na qual o limite ao poder de punir seja concedido pela culpabilidade. Evidentemente tomando esta direção nos afastamos das posições puramente funcionalistas da culpabilidade como reforço à confiança no direito e tomamos outro rumo consistente na busca de sentido e legitimação para a imposição de uma pena. Daí se depreende a tarefa de individualização da sanção que deve combinar a proporcionalidade decorrente da lesão ao bem jurídico protegido com a prevenção de delitos.

Desta forma, parece-nos plausível a combinação entre os planteamentos de Roxin, Hassemer e Muñoz Conde. De uma parte porque todos concebem a idéia de responsabilidade como elemento que integra a culpabilidade, e também trabalham com o conceito de exigibilidade seja no tocante à capacidade de motivação pela norma, no aspecto da acessibilidade normativa, seja num critério de necessidade da pena.

As necessidades preventivas portanto não podem superar um juízo de culpabilidade, como descreve Hassemer, o que nos conduziria a um conceito de

34. Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, a conexão punitiva é a vinculação entre o delito e sua conseqüência, ou seja, a pena, comportando, portanto, uma quantificação da pena adequada ao caso concreto. (ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. "Culpabilidad por la vulnerabilidad" – Discurso em al aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por La Universidad de Macerata (Itália) 2002. – *En: Nueva Doctrina Penal,* Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003.

culpabilidade de autor e não de ato. Por outro lado, para que a culpabilidade não se reduza a uma medida de pura retribuição, os objetivos político-criminais devem ser observados como propõe Roxin, mas sempre em relação às condições sociais e pessoais do sujeito de forma a demonstrar ser a pena necessária para o indivíduo e para a sociedade, como adverte Muñoz Conde.

Reforçamos, finalmente, que a culpabilidade nesta perspectiva é uma demonstração de que o Estado pode exigir responsabilidade por um comportamento antinormativo. Reveste-se de um caráter de garantia e proteção do indivíduo frente ao poder de castigar, condicionado à possibilidade de culpar. Dito de outro modo, o Estado pode castigar tão somente quando a culpabilidade permitir e neste juízo, elementos éticos, racionais, de conteúdo sociológico devem interagir para evitar a seletividade do sistema penal e sua repercussão negativa na vida do indivíduo. Parece justo e necessário reconhecer que a pena é um mal não só para o delinqüente como também para toda a sociedade.[35] Se assim repensamos a culpabilidade podemos, quiçá em um futuro próximo, avançar na delimitação do controle penal ao mínimo indispensável à convivência social.

4. Bibliografia

BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALLARÉ. "Pena y Estado". EN: *Papers, Revista de Sociología*, 1980.

_____. *Nuevo Sistema de Derecho Penal.* Colección Estructuras y Procesos – série Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena". En: *Revista Actualidad Penal*, n. 1, 2001.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal.* Madrid: Editorial Trotta, 1989.

35. DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. "El Derecho Penal Simbolico Y Los Efectos De La Pena". En: *Actualidad Penal*, n. 1, (2001), p. 13.

FERNANDEZ, GONZALO D. *Culpabilidad y teoría del delito.* Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, 1995, vol. 1.

FRANK, REINHARD. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.* Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, reimpresión, 2002.

GOLDSCHIMIDT, JAMES. *La concepción normativa de la culpabilidad.* Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, 2ª Edición, 2002.

HASSEMER, WINFRIED. *Persona, Mundo y Responsabilidad – Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

_____. *"Crisis y Características del Moderno Derecho Penal."* En: Actualidad Penal, n. 43/22, 1993.

JAKOBS, GÜNTHER. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad.* Madrid: Editorial Civitas, 2004.

_____. *"El princípio de culpabilidad".* En: Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. "Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* -www.criminet.ugr.es

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal – Parte General.*, Valencia: Tirant lo Blanch, 6ª Edición, 2004.

_____. "Culpabilidad y prevención en Derecho Penal". En: *Cuadernos de Política Criminal*, 1980.

NAUCKE, WOLFGANG. "Prevención general y derechos fundamentales de la persona." En: FERNÁNDEZ, GONZALO D. "dir." *Principales problemas de la prevención general.* Buenos Aires: Editorial B de F. 2004.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO. MORALES PRATS, FERMÍN. Y J. PRATS CANUT, J. MIQUEL. *Manual de Derecho Penal Parte General* – 3ª Edición, Editorial Aranzadi, S.A.

ROXIN, CLAUS. *Culpabilidad y Prevención em Derecho Penal.* Instituto Editorial Reus, Madrid, 1981, p. 64.

_____. *Derecho Penal* – Tomo I – *Fundamentos de la estrutura de la teoria del delito.* Madrid: Editorial Civitas, 1999.

SCHÜNEMANN, BERND. "La culpabilidad: estado de la cuestión". En: SILVA – SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA "ed." "Sobre el estado de la teoría del delito" – *Seminario en La Universidad Pompeu Fabra* Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

VON HIRSCH, ANDREW. *Censurar y Castigar.* Madrid: Editorial Trotta. 1998.

WEBER, MAX. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.* Vol.2. Brasília: Editora UnB, 1999.

WELZEL, HANS. *Estudios de Derecho Penal – estudios sobre el sistema de derecho penal – causalidad y acción.* Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio, Raul. *Derecho Penal: parte general/*Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia –, Buenos Aires: Ediar. 2ª Edición, 2002.

_____. "Culpabilidad por la vulnerabilidad"– *Discurso em al Aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por La Universidad de Macerata (Itália) 2002. – En: Nueva Doctrina Penal,* Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003.

La libertad y el derecho penal[1]

Luis Fernando Niño

Advogado (Universidade de Buenos Aires).
Licenciado em Criminologia (Universidade de Buenos Aires).
Doutor em Direito (Universidade de Salamanca, Espanha).
Co-Diretor do Mestrado em Criminologia (UNLZ: Lomas de Zamora).
Professor de Pós-graduação em: Universidade de Buenos Aires, Lomas de Zamora e Belgrano (Argentina), Zulia (República Bolivariana de Venezuela) e Salamanca (Rainho de Espanha). Juiz de Câmara na Vara Criminal em Buenos Aires.

I. La amplitud semántica del título escogido reclama una aclaración inicial. Lejos está de mi intención aportar, ni –siquiera– bosquejar una solución al arduo problema filosófico de la libertad humana. Muy posiblemente, quien concluya la lectura de esta breve aportación mantendrá su postura en torno al tema o continuará considerándolo una incógnita sin claves que permitan descifrarla.

Por lo demás, cabe imaginar que más de uno deplorará que en el homenaje a un ilustre procesalista –el Profesor Julio Maier– venga a incluirse una contribución que pugna por conectar aquel enzarzado debate plurisecular con las categorías de la Dogmática jurídico-penal.

Anticipo, pues, que he de limitarme a un repaso forzosamente breve de las posturas asumidas por grandes pensadores de la humanidad acerca de la cuestión del determinismo y el libre albedrío, y a una somera descripción de su estado en los medios filosófico y científico de nuestros días, para luego recaer en las diversas teorías surgidas en el Derecho Penal, de cuatro décadas a esta parte, con el rasgo común de

1. El presente artículo reconoce como base la conferencia pronunciada el 15 de Noviembre de 2003, en el marco del III Seminario Internacional de Derecho Penal y Criminología organizado por la Universidad Nacional de La Pampa, en homenaje al Profesor Julio Maier

negar el concepto de culpabilidad entendida como reprochabilidad, con base en la argumentada imposibilidad científica de demostrar la existencia de libertad en las acciones humanas. Finalizaré con una visión crítica de esas teorías denegatorias de la culpabilidad y con la defensa del estamento analítico atacado por ellas.

II. Desde ya, vale puntualizar que, al hablar de libertad, o mejor, de la capacidad de autodeterminación o autodominio de los seres humanos sobre sus acciones, lo hago partiendo de reconocer paladinamente la naturaleza dual del individuo de nuestra especie, con su dimensión física de mamífero superior altamente evolucionado; y que he de aludir –en principio– al libre albedrío, en tanto y en cuanto dicha noción atribuye al ser humano el origen de sus propios actos, sin perjuicio de matizar la idea cuando corresponda situarlo en el mundo en el que ese ser humano actúa e interactúa.

De esta manera, no he de refugiarme esta vez en la aseveración de Karl Jaspers que clausura la discusión argumentando que el problema de la existencia de la libertad "tiene su origen en mí mismo, que quiero que la haya",[2] postura cercana a la de otros filósofos de la heterogénea pléyade existencialista, como el Heidegger que proclama que la libertad del hombre consiste en ser para sí mismo su propio fundamento, o el Sartre que, exaltando la identidad entre existencia y libertad, concluye que el hombre es un ser condenado a ser libre[3]

Y, aunque me distancie enfáticamente del monismo configurado por el determinismo materialista, tampoco he de adherir al "libertarismo" extremo, que concibe un obrar humano original e incondicionado, de raíz kantiana y abundante ramificación ulterior.

Luego, como se verá, defenderé una opción dualista, que, sin desconocer los condicionamientos de la necesidad, reconoce un margen apreciable a la deliberación del individuo de la especie humana respecto de sus acciones.

2. V. NIÑO, Luis Fernando: "Sobre el futuro de la Dogmática jurídico-penal", Cuadernos de Política Criminal", Madrid, 1995, p. 165 y ss.

3. SARTRE, Jean-Paul: "El ser y la nada", Alianza, Madrid, 1984.

Cabe señalar que son diversas las opciones dualistas existentes, si bien, por considerar todas ellas compatible una concepción determinista del mundo natural con la existencia de libertad en la conducta humana, son agrupadas, en los estudios dedicados a este tema, dentro del llamado compatibilismo.[4] Empero, globalmente considerado, ese compatibilismo, que admite la existencia de seres dotados de una cierta capacidad de obrar de acuerdo a su voluntad y conforme a una cierta capacidad de autodeterminarse, en el seno de un universo regido por las leyes físicas y naturales, suele reducir su visión de tal autodeterminación a la ausencia de coacción externa, concepto –en verdad– más modesto que aquel que solemos emplear cuando predicamos acerca de la libertad de actuar propia o de terceros.

Los dualistas que adhieren a la existencia de un yo autónomo, independiente de las leyes de la naturaleza, parten de Platón y llegan a Chisholm, pasando por San Agustín y el infaltable Kant.

Otros, los llamados indeterministas, asignan al azar el rol de pulverizar las certezas del determinismo, en el afán de reivindicar a la libertad mediante la dilapidación de su opuesto, a manos del mero accidente; y su tradición, de cuño epicúreo, remata en Karl Popper e Ilya Prigogine, entre otros pensadores del último fin de siglo.

Por fin, contemporáneamente hallamos un grupo de filósofos y ensayistas llegados de diversas ramas del conocimiento que intentan conciliar al yo con el contexto regido por la necesidad del orden natural: cabe mencionar aquí a Frankfurt, Dennett y Davidson.

III. Fue Aristóteles quien, sin renegar de la búsqueda de la felicidad como fin del ser humano, supo distanciarse de sus ilustres predecesores –Sócrates y

4. PÉREZ CHICO, David – LÓPEZ CORREDOIRA, Martín: "Sobre el libre albedrío. Dos únicas opciones: dualismo o materialismo", en "El Catoblepas", *Revista Crítica del Presente*, n. 2, abril 2002, p. 1 y ss.

Platón– en quienes alentaba un determinismo ético que identificaba a la libertad con la voluntad de educarse para obrar con rectitud, o para transformarse en un miembro más de la República. El Estagirita supo adjudicar al hombre, en su Ética Nicomaquea, la libertad de hacer el mal tanto como el bien.[5]

Por su parte, Epicuro,[6] retomando una concepción original de Leucipo y adoptada en su momento por Demócrito, según la cual la materia se encuentra compuesta por átomos que, junto con el espacio o vacío, componen el universo, adicionó la idea novedosa de que, en los seres humanos, tales átomos erraban al azar, dando pié a la libertad del ser humano.[7] A su turno, Tito Lucrecio Caro incluiría en su estudio sobre la naturaleza de las cosas a esos átomos flanqueados por el azar y la necesidad, adjudicando a sus pequeñas desviaciones, producidas en un punto impreciso del espacio y en un momento indeterminado, la diversidad de las acciones posibles y la libertad del hombre para realizar una u otra.[8]

Veremos más adelante hasta qué punto aquel griego nacido en la isla de Samos en el año 341 A.C. y este romano contemporáneo de Julio César y de Cicerón han recobrado credibilidad en los últimos años, de la mano de la física cuántica. Y, aunque tampoco se trata de abordar materias extrañas a nuestra incumbencia, vale acotar que el término "cuántico" deriva de "cuantos", que son los saltos que experimenta la energía de un corpúsculo cuando recibe o emite radiación, como acertó a demostrar Max Planck más de veinte siglos después de Epicuro.

Entre los estoicos, Séneca sobresalió en punto a distinguir entre los actos humanos nacidos de un impulso o un apetito, de aquellos originados en el

5. Numerosos son los pasajes de la "Ética Nicomaquea" (Porrúa, México, 1967) en los que Aristóteles alude a las buenas y malas acciones del hombre. Para nuestro análisis, revisten especial importancia las consideraciones vertidas en el Libro II, Capítulos 5 y 6.

6. V. BRICE, Parain – BELAVAL, Yvon: "Historia de la Filosofía", vol II, "La filosofía griega", Siglo XXI, México, 1972.

7. Una palabra griega, clinamen, designa esa índole errabunda y azarosa de los átomos de los seres humanos según la doctrina de Epicuro y de su "escuela del jardín".

8. LUCRECIO: "La Naturaleza", Editorial Akal, Madrid, 1990.

juicio, determinados los primeros, fundados en la razón y movilizados por el ánimo los segundos.[9]

Sobrevenido el cristianismo, San Agustín creyó encontrar en las frecuentes malas obras de los hombres la prueba cabal de su libre actuar. Vislumbró así a la voluntad como atenazada por la realidad inferior de la carne y la superior del espíritu, y llamó libre albedrío o *libertas minor* a la libertad de optar por una u otra, aunque distinguiéndola de la "verdadera", la libertad para el bien, para la correcta realización de las acciones, la *libertas maior*, necesitada de la ayuda de Dios y representada por la gracia.[10]

Es del caso recordar que quien luego sería considerado el más importante e influyente de los "Padres de la Iglesia", había integrado durante casi una década la secta de los maniqueos. Fue al separarse de ella y confrontar con sus principios, que abordó directamente el problema del bien y del mal: según la concepción agustiniana, entonces, las malas acciones no son el resultado de una lucha entre dos fuerzas, en la cual saldría vencedor el mal, como afirmaban los maniqueos, sino que es producto de un apetito desordenado: es el resultado de una elección hecha por la voluntad, una voluntad que es libre.

Santo Tomás mantuvo la doctrina del libre albedrío y de la relevancia del esfuerzo del ser humano para conducir sus acciones de modo tal de lograr su salvación, si bien lo entendía necesitado de la gracia divina.[11]

9. SÉNECA; "De la cólera", Alianza, Madrid, 1996, escrita durante el exilio padecido por el autor antes de ser convocado por Agripina para oficiar de preceptor del joven Nerón. Sobre su vida y obra puede consultarse MANGAS MANJARRÉS, Julio, "Séneca o el poder de la cultura", Debate, Madrid, 2001.

10. SAN AGUSTÍN, "Obras Completas", Labac, Madrid, 1986.

11. Fundándose en los Evangelios, Santo Tomás expresa que, si es palabra de Dios que "todo el que obra mal, odia la luz" (Jn. 3,20), "luego, alguna acción del hombre es mala" (Suma Teológica, Segunda Parte, 1ª. Sección, cuestión 18, art. 1º); más adelante, señala: "Unos actos se llaman humanos porque son voluntarios, como se dijo... Ahora bien, en un acto voluntario se da un acto doble: un acto interior de la voluntad y un acto exterior; y cada uno de ellos tiene su objeto propio. Pero el objeto del acto interior voluntario es propiamente el fin..." (idem, art. 6.º).

Duns Scoto fue más allá: concibió al hombre como ser dotado de una voluntad activa y libre que supera la necesidad y se alza –inclusive– contra las propias representaciones cognoscitivas.[12] Y el franciscano Guillermo de Ockham, en un nuevo y decisivo avance, acabó por discernir que la libertad, obtenida en la experiencia de apreciar de qué modo la voluntad logra sobreponerse –incluso– a los mandatos de la propia razón y de las inclinaciones personales, es la característica de cualquier criatura racional; y para no incurrir en el desvarío ético, concibió la existencia de una moral racional, laica, de aliento aristotélico, fundada en la buena fe de los individuos acerca de lo que es correcto hacer u omitir, frente a la voluntad divina.[13]

IV. A esa corriente filosófica, que –pese a su heterogeneidad– comulgaba en el reconocimiento de la facultad individual de racionalizar y poner en acto opciones éticas, y que encontraría en el insigne humanista Erasmo de Rotterdam un firme defensor del libre albedrío, vino a enfrentarse la Reforma religiosa.[14]

Tanto Lutero, obsesionado por la idea de "un Dios arbitrariamente voluntarioso, absoluto, tremendo, inaccesible y terriblemente justiciero"[15] como Calvino[16] se manifestaron abiertamente en contra de la existencia del libre

12. DUNS SCOTO "Obras", BAC, Madrid, 1971.

13. Ockham relegará a materia de fe la inmortalidad del alma y la propia realidad extensa del alma intelectiva, pero habrá de hacerlo con base en la experiencia de los propios actos espirituales (intelectivos y volitivos), experiencia que, según su concepción, es un conocimiento intuitivo de naturaleza espiritual *(cognitio intuitiva intellectiva)* por el cual se hallan inmediatamente presentes los actos o las operaciones espirituales. Sobre el tópico, v. voz "Alma" en ABBAGNANO, Nicolás, "Diccionario de Filosofía", Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

14. El breve tratado de Erasmo *"De libero arbitrio"* en el que el venerable sabio rechazaba el fatal determinismo hacia el mal del ser humano y el correlativo desconocimiento de una vida moral gobernable por cada individuo, habría de dar lugar a la furiosa respuesta de Lutero (*"De servo arbitrio"*), conforme a cuya concepción la voluntad humana queda equiparada a un jumento, que se dirigirá hacia el bien o hacia el mal, según lo cabalgue Dios o Satanás. Al respecto, señala el teólogo Georges M. Cottier, para Lutero *"el hombre es la cosa de Dios, de la que Dios hace lo que bien le viene sin la menor consideración, le condena o le salva porque sí..." (VELARDE, Carlos: "Dos antropologías", en "Conoce y comunica", edición digital, 2003).*

15. GARCÍA-VILLOSLADA, Ricardo: "Martín Lutero", BAC, Madrid, 1976, T. I, p. 294.

16. CALVINO, Juan: "Institución de la Religión Cristiana", Aurora, Buenos Aires, 1952.

arbitrio. El primero, imponiendo la visión maniquea según la cual el hombre es siervo de Dios o esclavo de Satán: a raíz del pecado, sólo es libre para el mal, por lo que toda búsqueda de libertad implica caer en el mal, en la perdición, en la incertidumbre. Sólo la sumisión a Dios puede alejarlo de la maldad innata en la naturaleza humana.[17] El segundo, predicando la predestinación divina, según la cual unos hombres son objetos de la gracia y otros condenados eternamente. Entre estos últimos, Calvino contabilizó al erudito médico y teólogo aragonés Miguel Serveto, a quien condenó a morir en la hoguera por no abdicar, precisamente, de sus convicciones científicas y teológicas, el 27 de octubre de 1553.[18]

El racionalismo del Siglo XVII supuso un regreso a posturas más ponderadas acerca de la libertad del hombre. René Descartes es figura paradigmática en la erección del presupuesto de un yo separado de la naturaleza y de un modelo de interacción entre la mente, o el alma, o la cosa pensante, y el cuerpo humanos. Según su concepción, que probablemente se remonte a Herófilus (280 AC),[19] el primer estudioso integral del sistema nervioso, la glándula pineal es el punto de conexión entre el cuerpo y el alma humanos.

17. En el invierno de 1514 a 1515, Martín Lutero atravesó una situación existencial, conocida posteriormente como "la experiencia de la torre" (*Turmerlebnis*), por haberla vivenciado en lo alto del monasterio de Wittenberg, donde fue prior por largos años. Reinterpretando un pasaje de San Pablo (Romanos, 1, 17) y en lo que él asumió como una iluminación, Lutero entendió que la justicia divina hace justos a los seres humanos, no por el obrar de éstos, sino por graciosa aplicación de los méritos infinitos de Cristo. No se trataría, pues, de castigos o recompensas por las acciones humanas, sino –en todo caso- de una absolución divina siempre inmerecida: Delante de Dios no habría méritos; sólo salva la fe, la confianza total en los méritos de Cristo, pero el hombre continúa siendo pecador, puesto que la justificación proviene del *favor Dei*, de la gracia o misericordia divina. Tal concepción y la consiguiente negación del libre arbitrio marcaron definitivamente al movimiento de la reforma religiosa.

18. MARTÍNEZ LAÍNEZ, Fernando, "*Miguel Servet: Historia de un Fugitivo*", Temas de Hoy, Madrid, 2003.

19. RECIO PASCUAL, José María: "Visión actual de la glándula pineal", conferencia pronunciada en la Sección Científica del 25 de marzo de 2003 en la Real Academia Española de Medicina.

Es a través de la dirección del cuerpo por el alma que la libertad humana se manifiesta, conforme la visión cartesiana.[20]

Aunque negador de una voluntad absoluta en el alma del hombre, otro insigne cultor del racionalismo, Baruch Spinoza, admitió que el hombre puede ser libre, si bien, retornando a concepciones socráticas, redujo la libertad auténtica a la de buscar y amar a Dios. No obstante esto último, con ecos agustinianos, el filósofo holandés sentenció: "La libertad no consiste en librarse de la ley o proceso causal, sino de la pasión, esa pasión que puede ser incoordinada e incompleta. Sabio es aquel que controla sus pasiones", postura que excede en mucho el determinismo ético prearistotélico.[21]

Por su parte, Gottfried Leibniz entendió que la libertad se alcanza en la medida en que nuestro obrar coincida con las perfecciones de nuestra propia naturaleza, lo que se obtiene siguiendo la razón; pero, a diferencia de Spinoza, entendió que no era imposible obrar en contra de la "natural" determinación al bien del ser humano. Su percepción de la libertad del hombre desde una perspectiva dinámica, fue reivindicada por Julián Marías y otros filósofos contemporáneos.[22]

A esta altura, considero oportuno establecer un paralelo entre el concepto de *mónadas* empleado por Leibniz para mencionar a las partículas componentes del universo y aquella idea original de Leucipo y retomada por Epicuro de Samos, relativa a los átomos que, girando en el vacío, conforman la realidad; y ese paralelo se hace más evidente cuando se trata de las mónadas personales, que, conforme a la concepción de Leibniz, son espontáneamente libres y, además, tienen percepción y conocimiento.

20. DESCARTES, René: "Discurso del método", Tecnos, Madrid, 1987, p. 33 y s. La sola lectura de los presupuestos del método cartesiano permite advertir hasta qué punto es el hombre, guiado por su razón, el que escoge reglas –tales como la elección de las opiniones más moderadas o la firmeza y decisión en las acciones- para arribar a la verdad.

21. SPINOZA, Baruch, "Ética", Alianza Editorial, Madrid, 1987.

22. MARÍAS, Julián: "Leibniz", conferencia del ciclo "Los estilos de la Filosofía", ed. J. Lauand, Madrid, 1999-2000.

Corsi e ricorsi, flujos y reflujos... Un nuevo regreso a la visión del hombre cautivo de la necesidad aparece con el empirismo hobbesiano, que rechaza la autonomía del individuo y sólo identifica a la libertad como falta de coacción externa. Comparando al hombre con el caballo que se debate entre retroceder ante una figura extraña o avanzar para evitar el aguijoneo de la espuela, Hobbes reduce al hombre que delibera a un animal estimulado por la esperanza del bien e inhibido por el miedo al mal. De tal suerte, el "yo" no puede separarse del resto del universo.[23]

Cercano a esa posición, Hume rechaza la posibilidad de una libertad concebida como falta de necesidad. A su entender, la libertad se reduce al poder de actuar o de no actuar de acuerdo con las determinaciones de la voluntad, determinaciones movidas a base de propensiones y aversiones, a las que la razón humana queda sometida. Y aprovecha esa concepción para proveer de argumentos a su teoría política: "Nuestros instintos primarios nos llevan, o bien a obrar con libertad ilimitada, o bien a buscar el dominio sobre otros, y sólo la reflexión nos conduce a sacrificar tan poderosas pasiones a los intereses de la paz y el orden públicos.[24]

A su turno, Locke reconoce en el hombre libertad, por poseer la potencia de obrar o no, conforme a su elección: en el estado de naturaleza que describe, los hombres viven en "un estado de perfecta libertad", sin subordinación ni sujeción alguna".[25] Y esa libertad también está presente en los hombres que deciden constituirse en sociedad civil para evitar el estado de guerra, que se desencadena cuando alguien hace uso de la fuerza "sin el amparo del derecho sobre la persona de un hombre".[26]

23. En el parágrafo XIV del "Leviatán", HOBBES expresa: "Por libertad se entiende, de acuerdo con la significación apropiada de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que a menudo pueden arrebatar a un hombre parte de su poder para hacer lo que le plazca, pero no pueden impedirle usar del poder que le queda, de acuerdo con lo que le dicte su juicio y razón." Una vez abandonado el estado de naturaleza, la primacía de la ley representa la libertad de la comunidad, por lo que la "libertad" individual quedaría limitada a lo no regulado.

24. V. HUME, David: "Ensayos políticos", Suc. de Herrero Hnos., México, 1965, p.47 y ss.

25. V. LOCKE, John: "Dos ensayos sobre el gobierno civil", Espasa, Madrid, 1991, II, 4.

26. LOCKE, J.: idem, II, 19.

Puesto que, con sus propias palabras, "allí donde existe una autoridad, un poder terrenal al que apelar para obtener la oportuna reparación, desaparece el estado de guerra,[27] son los hombres, obrando conforme a razón, quienes abandonan voluntariamente el estado de naturaleza y evitan caer en un estado de enemistad y destrucción. A diferencia de René Descartes, Locke encuentra determinado por factores externos el contenido de las ideas del hombre, en lugar de atribuirlo a condiciones innatas.

Más tarde, Kant, persuadido de que no es posible inferir la libertad a partir de la experiencia ni de la razón, la asume como "hipótesis prácticamente necesaria" a fin de mantener las leyes morales. Separa el mundo fenoménico del denominado noúmeno: diferencia, así, entre acciones en cuanto fenómenos –lo que ocurre conforme a causas determinantes– y obrar espontáneo –donde el sujeto no es pasivo– para acabar ubicando a la libertad en la voluntad interna del individuo, impulsando sus actos sin condicionamiento alguno e independiente de todo lo empírico o sensible.[28]

Para Hegel, en cambio, la libertad es sólo la "libertad de la Idea". El libre albedrío no es la libertad verdadera, porque corresponde a un momento del desenvolvimiento de la Idea hacia sí misma. En la concepción hegeliana, el espíritu se manifiesta en forma dialéctica: el espíritu subjetivo es el sujeto individual consciente de sí mismo, vale decir, el hombre; el espíritu objetivo está constituido por las obras propias del espíritu subjetivo, y el espíritu absoluto consiste en el conocimiento pleno que el espíritu tiene de sí mismo. El espíritu subjetivo es, sucesivamente, alma, conciencia y espíritu. Él da lugar a la exteriorización y determinación de su libertad en el mundo de la cultura, la sociedad y la historia. De tal suerte se objetiva, se hace realidad cultural, en el ámbito del derecho, la moralidad y la eticidad o ética social, manifestada

27. LOCKE, J.: idem, II, 21.

28. KANT, Immanuel: "Antología", Península, Barcelona, cap. 5; "Crítica de la razón pura", Colección "Los Esenciales de la Filosofía", Tecnos, Madrid, 2002.

concretamente en la familia, la sociedad civil y el Estado; y sólo alcanza el espíritu absoluto mediante el arte, la religión y la filosofía.[29]

V. Trazado así un somero e inconcluso recorrido por la historia de las ideas filosóficas relativas a la libertad humana, nos es preciso abordar el panorama contemporáneo, para mantenernos en los límites de una labor de estas características. Valga acotar que el siglo que dejamos atrás no fue especialmente prolífico en el replanteo de las grandes preguntas filosóficas, circunstancia que suele vincularse al inusitado interés otorgado a la Filosofía del Lenguaje, por grandes pensadores como Ludwig Wittgenstein. Situándonos, entonces, en el horizonte filosófico de nuestros tiempos encontramos a Harry Frankfurt, quien retoma la noción de libre albedrío como libertad de la voluntad. No adhiere a la concepción de una voluntad incondicionada –a la manera de Kant– sino que distingue entre "deseos de primer orden", aquellos que nos mueven a actuar de una determinada manera, de los de "segundo orden", deseos cuyo objeto son deseos de primer orden, dentro de los cuales ubica aun las "voliciones de segundo orden" o "metapreferencias", cuyo objeto es la voluntad. La acción sólo será libre si la voluntad del agente es coherente con sus voliciones de segundo orden. Siguiendo el esquema de Frankfurt, el débil de voluntad es un sujeto incapaz de hacer valer sus metapreferencias o deseos de segundo orden sobre sus preferencias o deseos de primer orden: incapaz de conseguir que sus deseos *efectivos* sean los deseos conformados a la luz de su razón deliberativa. Frente a él, el sujeto normal es el que hace triunfar las metapreferencias por sobre los deseos y pasiones.[30]

Juan Antonio Rivera, filósofo y ensayista español, retomando a Frankfurt, afirma en un reciente ensayo la sinonimia entre "identidad moral" y el conjunto de nuestras metapreferencias. Frente al mundo natural y a las imprevistas apariciones del azar, Rivera alude a tres "espacios pragmáticos", el supraindividual, el interindividual y el intraindividual, en los que la voluntad humana es el motor

29. Voz Hegel, en "Diccionario de Filosofía", Herder, Barcelona, 1996.

30. PÉREZ CHICO, David – LÓPEZ CORREDOIRA: op. et loc. cit.

que permite a la racionalidad práctica adoptar las conductas conforme al margen de autodominio con que cuenta. Ejemplificando con una situación límite, señala Rivera: "Moverse en una realidad auténtica es una de las metapreferencias más inflexibles que puede tener un ser humano, y a la que sólo estará dispuesto a renunciar en circunstancias extremas de dolor y abatimiento"[31]

Roderick Chisholm por su parte, propone la visión de un sujeto dotado de un yo autónomo de sus estados psicológicos, y como tal incondicionado en sus decisiones, como requisito para responsabilizarlo por ellas.[32]

Otro filósofo de singular relevancia en el actual panorama filosófico, el estadounidense Donald Davidson, fallecido en 2003, identifica las acciones intencionales con las acciones libres, definiéndolas como las que poseen una explicación verdadera en términos de razones. Ahora bien, entiende Davidson que es preciso buscar las causas de las acciones humanas en las creencias y deseos que las provocan, estados mentales que pertenecen a los agentes, y –como tales– eventos físicos. No obstante, aunque pareciera deslizarse a un monismo materialista, se apresura a aclarar que no existen leyes estrictas que permitan predecir conductas con base en la identidad mente-cerebro, puesto que el ámbito de lo mental se caracteriza por los principios de coherencia racional que rigen en la estructura holista de deseos y creencias y otros estados mentales. Luego, no juzga posible generalizar con respecto a las relaciones entre estados físicos y mentales y la conducta observada, reconociendo así un "anomalismo" que distingue las relaciones entre la mente humana racional y el mundo gobernado por las leyes físicas.[33]

A su vez, Daniel Dennett, aunque de filiación férreamente darwinista, partiendo de los hallazgos de la física cuántica tiende a negar todo determinismo,

31. RIVERA, Juan Antonio, "El gobierno de la fortuna", Ensayos, Espasa, Madrid, 2003.

32. CHISHOLM, Roderick: "Teoría del conocimiento", Tecnos, Madrid, 1971. En idioma inglés: "Human freedom and the Self", en edición compilada por G. Watson ("Free Will"), Oxford University Press, Oxford, 1982.

33. DAVIDSON, Donald: "Acciones, razones y causas", en White, A. R., "La filosofía de la acción", F.C.E., Madrid, 1976, p. 117 y ss.

y aunque reconoce la finitud y limitación del ser humano, entiende que somos suficientemente responsables como para garantizar nuestra dignidad, y que ese es el tipo de libertad exigible para los seres humanos en cuanto seres racionales. Considera ajustada a lo que denomina nuestra "dotación biológica" la libertad que, en cada momento concreto, posibilita la toma de decisiones con base en las propias expectativas y deseos, cuando no existe un plan prefijado que nos obligue a hacerlo.[34] Se trata de una visión realista de los seres humanos que, en cuanto sujetos que no se han creado a sí mismos, se comportarían según su "diseño".[35]

VI. No obstante lo expuesto precedentemente, los argumentos más fuertes a favor del indeterminismo provienen, paradójicamente, de los avances de ciencias duras como la Biología molecular, a partir de las aplicaciones de la mecánica cuántica.

Se ha comprobado el indeterminismo físico a escala de una o unas pocas moléculas. Esta revelación, en el plano microscópico, puede amplificar el indeterminismo en todo el sistema macroscópico, y transmitirse, por ejemplo, a todo el cuerpo humano.

En Neurología, por ejemplo, se han analizado distintos mecanismos que podrían trasladar tal indeterminismo a todo el cerebro humano, y a partir de éste a todo el cuerpo, con base en la regulación motriz y sensitiva de todo el organismo vivo por el sistema nervioso. Ello sucede, conforme a las hipótesis que se manejan, en el fenómeno de intercambio de neurotransmisores entre las distintas neuronas denominado sinapsis.

34. PÉREZ CHICO, David – LÓPEZ CORREDOIRA, Martín: op. cit., nota 7.

35. En una esclarecedora entrevista mantenida con Cristina JUNYENT, DENNETT responde, ante la pregunta acerca del origen del libre albedrío, que "lejos de ser una amenaza para nuestra sensación de libertad, la teoría de la evolución puede explicar cómo evolucionó el libre albedrío, qué es, y qué condiciones se requieren para su persistencia en el futuro...Nuestra perspectiva ética es una de las características más interesantes de nuestra cultura, y debe, como otras características altamente desarrolladas de nuestras vidas, haber evolucionado de alguna manera...Por tanto, se necesita encontrar una explicación a cómo la selección natural ha creado el libre albedrío.". (cf. en el sitio del Institut Municipal de Investigació Médica de Barcelona:, www.imim.es).

Sin ánimo de desplegar a esta altura rudimentos de Biología, recordaremos que la célula nerviosa posee un cuerpo con diversas prolongaciones, llamadas dendritas, por las que penetran impulsos provenientes de otras neuronas, y una de mayor longitud, por donde se emiten los impulsos, denominada axón. El extremo del axón se ramifica, transmitiendo las señales a neuronas vecinas, a través de impulsos que dan lugar al intercambio de sustancias químicas, neurotransmisoras.

Pues bien: la membrana presináptica de los extremos del axón consiste en una doble capa de lípidos, con dos moléculas de grosor, una molécula por cada capa. Esa capa bimolecular tiene la función de un conmutador maestro, y de ella depende la entrada o salida de los neurotransmisores en la neurona.

El comportamiento indeterminado de esos elementos microscópicos influye en el azaroso pasaje de las sustancias neurotransmisoras, y posibilita que el comportamiento indeterminista se amplifique, abarcando toda la fisiología del organismo.

Investigaciones más recientes resaltan el rol de ciertas moléculas proteicas, los microtúbulos, existentes en las neuronas, como factores de amplificación del indeterminismo en la sinapsis. Como su nombre lo indica, los microtúbulos son tubos huecos, normalmente consistentes de trece columnas de dímeros de tubulina. Los dímeros son bastante pequeños, de unos 8x8x4 nanómetros, que son unidades de diezmillonésimas de centímetro, y el número de átomos que contienen es alrededor de unos 110 mil. Si con ello fuera poco, cada dímero puede asumir, al menos, dos conformaciones o configuraciones geométricas distintas, dependiendo del desplazamiento de un electrón, de una posición a otra.

Conforme a conclusiones recientes, como las de Penrose y Horgan de 1994 y la de Rosu de 1997,[36] el sistema de neuronas estaría continuamente influenciado por la actividad en las membranas presinápticas o por los microtúbulos, dando lugar al "libre albedrío", toda vez que los físicos y neurólogos especulan con que los átomos del cuerpo humano pueden cambiar su trayectoria y ordenarse conforme a la voluntad

36. Citados por PÉREZ CHICO-LÓPEZ CORREDOIRA, op. cit.

de aquél a quien el cuerpo pertenece. En otros términos, la posibilidad abierta por el indeterminismo en cuanto a las diferentes conformaciones y trayectorias de los átomos, da paso a la voluntad del hombre, que elige entre ellas.

Se refuerza así la predicción de Karl Popper en punto a que la mente observa al cerebro y selecciona las neuronas para activarlas a fin de obtener lo que quiere.[37] El neurofisiólogo John Eccles, que compartió con él parte de su producción más destacada, defiende, a partir de la aplicación de la mecánica cuántica a su disciplina, la tesis de la existencia de un lugar, en el hemisferio cerebral izquierdo, en el que mente y cuerpo están en constante interacción.[38] Como vemos, hemos pasado de la glándula pineal de Descartes a cierto sitio del hemisferio cerebral izquierdo.

Este es, a breves y gruesos trazos, la situación en punto a la polémica entre la libertad y la necesidad, entre el libre albedrío y el determinismo, y es juicioso reconocer que las últimas batallas las ha ganado el primer término de tales antinomias.

VII. Nos encontramos, pues, con un panorama en el que la voluntad humana aparece operando, aunque resulte inobjetable que sólo podrá hacerlo en el marco de unas condiciones biológicas, ecológicas, sociales, económicas y culturales dadas, con el añadido de irrupciones de fenómenos accidentales o de mero azar.

La Filosofía contemporánea se ha hecho cargo de esa complejidad. Pero también desde el propio ámbito de la Física se nos está advirtiendo acerca de que los sistemas cerrados y las secuencias fenoménicas fijas y previsibles no son más que ilusiones mecanicistas desmentidas por el avance del conocimiento.

En el mundo del Derecho, en general, tales desarrollos han pasado casi inadvertidos. A ningún constitucionalista se le ocurriría dudar respecto de que la libertad está consagrada como un valor superior que el ordenamiento jurídico deberá asegurar a todos los habitantes, desde los propios preámbulos de todas las Constituciones de la modernidad hasta la profusión de documentos internacionales que conforman el ya nutrido elenco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

37. POPPER, Karl, "El yo y el cerebro" – en colaboración con John Eccles", Labor, Barcelona, 1980.
38. POPPER, K.: op. cit.

De igual manera, ningún civilista o comercialista que conserve la cordura dudará de la vigencia de entidades gnoseológicas como la voluntad en los actos jurídicos, o el discernimiento, la intención y la libertad, como notas imprescindibles para la validez de cualquier obligación asumida o de cualquier contrato celebrado.

La lamentable excepción está representada por el Derecho Penal.

En nuestra disciplina, los tres principios fundamentales del Derecho Penal democrático y liberal, por su importancia en la delimitación del poder punitivo del Estado, han venido padeciendo ataques en las últimas décadas. Uno de ellos, es, precisamente, el de culpabilidad.

Opacado el principio de legalidad, con base en la normativización de todo el proceso de imputación objetiva, y soslayado el de lesividad por quienes sostienen que la pena no se dirige a reparar bienes, sino a confirmar la identidad de la norma y a asegurar su obediencia, el principio de culpabilidad resultó impugnado por Karl Engisch,[39] cuarenta años atrás, al cuestionar el fundamento configurado por el libre albedrío.

Bastó que Engisch pusiera de relieve la virtual indemostrabilidad de la culpabilidad concebida como poder de obrar de otro modo en la situación concreta por parte del autor, para que un sector de la doctrina abandonara resueltamente el concepto tradicional de culpabilidad, aferrándose para ello a visiones deterministas de principios a mediados del Siglo XX, que ya venían siendo objeto de refutación. Es el caso de Enrique Gimbernat Ordeig, en España, quien en su difundido opúsculo relativo al futuro de la Dogmática jurídico-penal basó su dogma determinista en citas de Sigmund Freud, Anna Freud y en las tempranas obras de Erich Fromm.[40]

Otros autores, aunque sin volcarse a esa visión determinista, intentaron eludir el mote de metafísicos, sustituyendo el concepto de culpabilidad como reprochabilidad por el injusto cometido apelando a teorías de mucho más difusa, imprecisa y extravagante proyección.

39. ENGISCH, Karl: "La cuestión de la libertad del querer en la filosofía jurídico-penal contemporánea", sin mención de editor, 1964.

40. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en "Estudios de Derecho Penal", Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1990.

Así, por ejemplo, Arthur Kaufmann insistió en reemplazar el concepto welzeliano de culpabilidad, a través de la así llamada "teoría general de la culpabilidad", por el de "capacidad de obrar de otro modo que hubiera tenido el hombre medio en la situación concreta del autor", sintéticamente, *"Andershandelkönnen"*;[41] paralelamente, Rudolphi y Krümpelmann aludieron a la "capacidad del individuo de actuar de otro modo de acuerdo a su estado físico y psíquico, en comparación con otras personas", engendro teórico al que denominaron "capacidad general del hombre medio".[42]

Huyendo de nociones estimadas acientíficas, abandonaron el estudio del individuo en concreto para internarse en cálculos confusos, partiendo de mediciones irreales, aludiendo a *homúnculos normalis* o a generalidades que ninguna pista segura podían ofrecer a sus afanes.

Siempre con ecos de la refutación del dogma del libre albedrío lanzada por Engisch, Claus Roxin decidió procurar un fundamento diverso a la imposición de pena por la realización de conductas típicas y antijurídicas, y entendió hallarlo en los fines preventivos de la pena. Se abstuvo de entrar a fondo en el asunto del libre albedrío, juzgándolo un presupuesto imprescindible de la vida en sociedad, aunque sin pretender probarlo; consecuentemente, habló de "responsabilidad", englobando en ella tanto a la culpabilidad –devenida en "asequibilidad normativa", cualidad del sujeto que puede adaptar su comportamiento a las circunstancias y a la norma–, cuanto a los fines de prevención.[43]

Pues bien: su concepto de asequibilidad normativa se asemeja al del "poder actuar de otro modo" y se ha hecho merecedor de las mismas críticas.[44] Pero el

41. Cf. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Ma. Isabel: "El concepto material de culpabilidad", en "Minoría de edad penal y derecho penal juvenil", Comares, Granada, 1998, II, 3, p. 16.

42. PÉREZ MANZANO, Mercedes: "Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena", Publicación de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, p. 110 y ss.

43. ROXIN, Claus: "Culpabilidad y prevención en Derecho Penal", Reus, Madrid, 1981, p. 42 y ss.

44. de la CUESTA AGUADO, Paz: "El concepto material de culpabilidad", en *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal*, Universidad de Cádiz, 1999.

reparo mayor consistió en que el compuesto teórico de la responsabilidad podría precipitar a la conclusión de que deban ser los fines político-criminales de prevención los que marquen el límite de tal "responsabilidad", traducida, obviamente, en necesidad de pena.

Desentendido de la ardua problemática de fuerte raigambre antropológica de la culpabilidad, concebida como afirmación de la capacidad de comprensión de lo injusto y –especialmente– de la capacidad de autodeterminación conforme a esa comprensión, el juez cumpliría, así, con su misión calculando la necesidad y medida de la pena a aplicar al autor, con pié en hipotéticos cálculos de eficiencia preventivo-general de tal reacción estatal.[45]

Extremando los términos, basado en desarrollos teóricos de una ciencia del ser, cual es la Sociología, y adhiriendo a las visiones sistémicas de Niklas Luhmann, Günther Jakobs acabó por definir a la culpabilidad como un mero derivado de las exigencias de prevención general, identificado con la infidelidad al Derecho por parte de un "igual", esto es, un sujeto con desarrollo social completo, y por ende, competente para desautorizar la vigencia de la norma, quien, al lesionar dicha vigencia, asume "culpablemente" esa competencia.[46]

VIII. En definitiva, por parte de un sector de la doctrina penal, con inusitada difusión en América Latina, se abandonó –por metafísico y pseudorreligioso– el análisis de la culpabilidad entendida como posibilidad de reprochar al autor de una conducta típica y antijurídica, para incurrirse en la trasposición de entidades de una

45. Es oportuno dejar sentado que, en desarrollos posteriores, el propio ROXIN se ha mostrado mucho más escéptico respecto del logro de las finalidades preventivas a través de la aplicación de las penas. Así, en su conferencia "Problemas actuales de la Política Criminal", dictada el 4 de septiembre de 2000 en el Museo Nacional de Antropología e Historia de la Ciudad de México, ha afirmado que sólo "partiendo de un conocimiento profano resulta creíble que el endurecimiento de las penas disminuye la criminalidad", avanzando hasta apostrofar: "Desde mi punto de vista, las penas rigurosas –sobre todo las privativas de libertad- son en verdad imprescindibles para los delitos capitales; pero no son un medio de reacción adecuado en contra de la criminalidad pequeña y mediana, la cual es numéricamente preponderante" (trad. Enrique DÍAZ ARANDA).

46. JAKOBS, Günther: "Fundamentos del Derecho Penal", Ad-Hoc, Bs. As, 1996, p. 112 y ss.

ciencia del ser, como lo es la Sociología de Niklas Luhmann, a las categorías de una disciplina del Deber Ser, como lo es el Derecho Penal.

Quienes entendimos desde mucho tiempo atrás que ese proceso desembocaría en una suerte de darwinismo social, en el que lo único que interesa verdaderamente es la *autopoiesis*, la cualidad de un diseño social consistente en conservarse y reproducir sus condiciones de existencia, a la manera de un organismo vivo, no podemos sorprendernos cuando, en un sinceramiento progresivo, se nos habla ya de un Derecho Penal del Enemigo,[47] y de seres que no alcanzan la calidad de noúmenos, quedando sujetos al campo de lo meramente fenoménico, y por ende, necesitados de inhibición o de represión.[48]

Ante esta situación de la doctrina, no puedo menos que reiterar un puñado de argumentos que, como se ha podido apreciar, a través de la fugaz reseña efectuada, hoy adquieren más apoyo que otrora en el propio campo de las ciencias "duras".

En primer lugar, es de hacer notar la indemostrabilidad del determinismo, y su serio cuestionamiento a partir de los ya lejanos experimentos de Max Planck y de Heisemberg, y muy especialmente a partir de los últimos estudios combinados de Biología y Física y Mecánica cuánticas.

En segundo lugar, la permanencia insoslayable de la libertad como regla de juego social, y como fundamento del Derecho positivo, argumento tras el que se reúnen figuras señeras del Derecho Penal, como el propio Roxin, quien, mitigando su agnosticismo respecto del libre albedrío, reconoce un valor social a la aserción normativa de su existencia, independiente del problema del conocimiento o de las ciencias de la naturaleza, y un variado número de autores españoles, de Cerezo Mir a Cobo del Rosal, de Carbonell Mateu a De la Cuesta Arzamendi.

En tercer término, el arraigo cultural y la presencia real del libre albedrío en la vida cotidiana de los seres humanos. Bernd Schünemann ha aportado interesantes

47. JAKOBS, G.: "La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente" en Revista Peruana de Ciencias Penales, edición especial sobre el código penal peruano, año VII-VIII n. 12, IDEMSA, Lima, p. 303-320.

48. JAKOBS, G.: "La ciencia del Derecho Penal...", cit., p. 314.

argumentos con base en indagaciones antropológicas y de la teoría del lenguaje que demuestran la profunda y ancestral inserción del concepto de libertad en todos los lenguajes conocidos: más allá de las discusiones acerca del libre arbitrio como dato biopsíquico, Schünemann lo rescata como parte de la "construcción social de la realidad" y de la propia base de nuestra comunicación, hecho que torna tan indiscutible su real presencia en la sociedad como artificioso su desconocimiento por parte del Derecho Penal. En palabras del autor, hablar de determinismo en este terreno es "incompatible, tanto con las premisas culturales del [propio] Derecho Penal como con la estructura fundamental de nuestro Derecho", concluyendo categóricamente: "los defensores de este cambio de paradigma desconocen que la visión del mundo del jurista no reside en teorías esotéricas sino en la vida diaria conformada por el lenguaje ordinario".[49]

Por fin, la falta de demostración práctica de los presupuestos de la autodenominada prevención general positiva y la falta de límites para la "potentia puniendi" son argumentos político-criminales que coadyuvan a descartar los desarrollos teóricos negadores de la culpabilidad como reproche antropológicamente fundado y socio-económica y culturalmente matizado, y a afirmar la oportunidad de mantener ese escalón dogmático, si bien saludablemente complicado con el análisis de la co-culpabilidad social, o bien con el del esfuerzo de vulnerabilidad del agente.

Contando con esa sólida base argumental, me permito regresar a Karl Jaspers y adicionar a su célebre aforismo una observación personal como hombre de derecho. No sólo coincido en que el problema de la libertad humana tiene su origen en mí, que quiero que la haya, sino que me resisto a admitir que desde la doctrina penal se avizore a la comunidad jurídicamente organizada cual una suerte de macroorganismo a salvo de toda crítica estructural, en cuyo seno los individuos no pasan de ser, en el mejor de los casos, células obedientes, fieles portadoras del rol inscrito en el diseño social que las abarca, y en el peor, enemigos desposeídos de personalidad y equiparables a meras entidades fenoménicas.

49. SCHÜNEMANN, Bernd: "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo", en "El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales", compilado por dicho autor, y traducido y anotado por Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Barcelona, 1995, p. 215 y s.

Sobre o chamado direito penal do inimigo

Luís Greco

Mestre pela Universidade Ludwig Maximilians de Munique, Alemanha; doutorando na mesma instituição; wissenschaftlicher Mitarbeiter junto à cátedra do Prof. Bernd Schünemann

Sumário: 1. Considerações introdutórias – 2. O direito penal do inimigo em Jakobs – 3. A controvérsia na literatura: 3.1 A discussão de 1985 até a virada do milênio; 3.2 A discussão na e depois da virada do milênio – 4. A necessária distinção conceitual prévia – 5. Direito penal do inimigo como conceito afirmativo-legitimador – 6. Direito penal do inimigo como conceito descritivo – 7. Direito penal do inimigo como conceito denunciador-crítico – 8. Conclusão.

Resumo: O estudo reflete sobre o chamado direito penal do inimigo, que vê no delinqüente não um cidadão a ser respeitado, mas sim um foco de perigo a ser neutralizado. O autor considera a idéia, antes de mais nada, ambígua, e por isso realiza certas distinções analíticas por ele consideradas urgentes, chegando a três conceitos diversos de direito penal do inimigo: um descritivo, um crítico e um legitimador. A seguir, submete o autor cada um desses conceitos a um exame crítico em separado e conclui no sentido de que o termo direito penal do inimigo carece de qualquer utilidade para a ciência do direito penal.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo – Funcionalismo – Garantismo – Fins da pena.

1. Considerações introdutórias

Poucos temas provocam tomadas de posição tão decididas e apaixonadas quanto a idéia do "direito penal do inimigo". Mas, curiosamente, a introdução do conceito por *Jakobs* duas décadas atrás ou mal foi notada, ou foi aplaudida como uma "impressionante defesa da liberdade dos cidadãos".[1] Já a retomada do conceito por seu criador em algumas publicações mais recentes caiu como uma bomba sobre a ciência do direito penal,[2] cujo estrondo só está sendo superado pelas veementes reações que a idéia está gerando. O objetivo primário do presente estudo é menos a formulação de mais um posicionamento neste já quase saturado debate, do que contribuir para a sua *clareza analítica*. Parece-me que o tal direito penal do inimigo não é algo tão claro e unívoco quanto geralmente se supõe, sendo necessário realizar algumas precisões para que o debate possa tornar-se de fato fecundo. Dificilmente pode-se discutir a respeito de algo que mal se sabe o que é.

Por isso resumirei, primeiramente, as idéias de *Jakobs* sobre o direito penal do inimigo (abaixo 2), para depois sintetizar a discussão (alemã e internacional) em seus aspectos essenciais (abaixo 3). Num terceiro momento procederei ao esclarecimento conceitual que disse me parecer urgente (4), e apenas então procederei a uma avaliação da idéia do direito penal do inimigo (5-7). O estudo concluirá pela quase total infecundidade do conceito, de modo que melhor seria que ele voltasse a seu *status* prévio de opinião isolada que habita no máximo notas de rodapé.

2. O direito penal do inimigo em Jakobs

Em 1985 tentou *Jakobs* fixar limites materiais a "criminalizações no estádio prévio à lesão a bem jurídico" por meio do par conceitual direito penal do ci-

1. Assim, *F.-C. Schroeder*, em *Gropp*, Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a. M., in: ZStW 97 (1985), p. 919 e ss. (p. 926).

2. *Schünemann*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, in: GA 2001, p. 205 e ss. (p. 210) fala de uma "bomba com cronômetro".

dadão e direito penal do inimigo.[3] Para *Jakobs*, é possível caracterizar o direito penal segundo a imagem de autor da qual ele parte. O direito penal pode ver no autor um *cidadão*, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal,[4] na qual o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior;[5] ou pode o direito penal enxergar no autor um *inimigo*, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos.[6] "O direito penal do inimigo optimiza proteção de bens jurídicos, o direito penal cidadão optimiza esferas de liberdade".[7] Ao contrário de uma difundida opinião, Jakobs não vê no princípio da proteção de bens jurídicos uma idéia liberal, mas o responsabiliza pelas cada vez mais freqüentes antecipações da proibição penal.[8]

Só serão legítimas aquelas criminalizações que respeitem a esfera privada do cidadão.[9] Apenas um comportamento que perturbe já objetivamente, isto é, externamente, que vá além dessa esfera privada do autor, pode vir a ser relevante para o direito penal.[10] Se for necessário recorrer a dados subjetivos ou internos para chegar à dimensão perturbadora do comportamento, se o comportamento parecer externamente inofensivo, só vindo a revelar-se problemático a partir de nosso conhecimento do que pensa ou deseja o agente, então será o dado subjetivo que na verdade está fundamentando a punição. Noutras pala-

3. *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 97 (1985), p. 751 e ss. (p. 753 e ss.).
4. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 753.
5. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 753 e ss., especialmente p. 761.
6. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 753.
7. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 756.
8. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 752.
9. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 761, 762.
10. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 761, 762.

vras, está-se violando o princípio de que não se podem punir pensamentos: *cogitationis poenam nemo patitur.*[11]

Jakobs parte para uma interpretação ou redução teleológica de diversas normas de direito positivo, no intuito de adequá-las às exigências do direito penal do cidadão. Nos casos em que tal não se mostra possível, a norma é declarada ilegítima. Exemplo de interpretação restritiva / redução teleológica: *Jakobs* restringe a extensa punibilidade da tentativa segundo o direito alemão (que considera puníveis quase todas as tentativas inidôneas) exigindo um adicional pressuposto objetivo, a saber, que o "autor se irrogue no direito de organizar algo que cabe à vítima",[12] noutras palavras, que o autor intervenha na esfera juridicamente protegida da vítima. Tal seria um retornado à antiga teoria da ausência de tipo (*Mangel am Tatbestand*)[13] – tida por superada na atual discussão alemã – segundo a qual a tentativa inidônea sequer representaria início da execução de qualquer tipo, devendo portanto permanecer impune.[14] Exemplo de norma declarada ilegítima: os chamados delitos de proteção do clima (como o § 140 do Código Penal alemão, recompensa e apologia de fato criminoso), nos quais o autor não intervém em qualquer círculo de organização alheio, não podem ser legitimamente punidos num direito penal do cidadão.[15]

O artigo de 1985 cunha, portanto, o conceito de direito penal do inimigo com propósitos primariamente críticos: a opinião dominante é atacada por sua atitude "despreocupadamente positivista".[16] O direito penal do inimigo "só se mostra legitimável como um direito penal de emergência, vigendo em caráter ex-

11. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 755, 761, 762.

12. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 763.

13. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 764.

14. A teoria ou sequer mencionada nos atuais manuais e comentários (por ex., SK-*Rudolphi*, vor § 22/11 e ss., § 22/24 e ss.) ou é recusada com parcas palavras (por ex., *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5ª ed., Berlin, 1996, p. 530).

15. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), pp. 779, 781.

16. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 751.

cepcional", e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de contaminação.[17] Na discussão que se seguiu à conferência, declarou *Jakobs* mesmo sua esperança em que o direito constitucional avançasse a ponto de tornar o direito penal do inimigo impossível, considerando uma tal interpretação da constituição já atualmente aceitável, se bem que não como a única que se poderia defender.[18]

Não foram, porém, estas manifestações que acenderam a atual polêmica, e sim os estudos mais recentes, que parecem relativizar em muito o tom crítico e, segundo a interpretação que se lhes costuma dar, buscam mesmo uma extensa legitimação do direito penal do inimigo.

Jakobs repete a antiga exigência de que direito penal do cidadão e do inimigo sejam visivelmente separados, pois só assim se pode evitar que o direito penal do inimigo penetre no direito penal do cidadão.[19] Mas agora *Jakobs* sublinha que a distinção serve apenas a fins descritivos, e não críticos.[20] Em seu estudo mais extenso, realiza *Jakobs* uma incursão à história da filosofia política iluminista, de *Hobbes* até *Kant*, apresenta diversas fundamentações para um tratamento diferenciado para cidadãos e inimigos,[21] e em seguida formula a sua própria explicação.[22] A seu ver, normas são, em primeira linha, parâmetros de interpretação, que fazem do mundo da natureza um mundo de sentido ou de

17. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 784.

18. Cf. *Gropp*, ZStW 97 (1985), p. 929.

19. *Jakobs*, Das Selbstverständnis der Strafrechtwissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) ihrer Zeit, in: Eser et ali (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München, 2000, p. 47 e ss. (p. 53); Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Yu-hsiu Hsu (ed.), Foundations and limits of Criminal Law and Criminal Procedure – An anthology in memory of Professor Fu-Tsen Hung, Taipei, 2003, p. 41 e ss. (p. 61).

20. *Jakobs*, Selbstverständnis..., p. 51 e ss.; Bürgerstrafrecht...: a denominação direito penal do inimigo "não é, em princípio, pejorativa" (p. 41), e p. 55.

21. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht..., p. 43 e ss.

22. Falo aqui conscientemente em "explicação" e não em "fundamentação", para ser mais fiel ao caráter supostamente descritivo das idéias de Jakobs.

comunicação.[23] É a norma que faz da causação de uma morte um homicídio,[24] é ela que fundamenta a expectativa e a confiança em que tais fatos não serão cometidos pelos outros, possibilitando, assim, a orientação num mundo complexo,[25] e é ela que faz de um sistema psico-físico uma pessoa, que pode ser autor ou vítima de um delito.[26] Tais atribuições não ocorrem no plano da natureza, e sim no da comunicação, não sendo, portanto, falsificáveis em razão de contingências relativas aos dados naturais ou fáticos – elas vigoram, portanto, também contra a natureza, contra os fatos: contrafaticamente.[27]

Mas apesar desta estrita separação entre natureza e sentido, o plano do sentido não é tão independente do plano da natureza quanto se poderia à primeira vista imaginar.[28] Por ex., se homicídios fossem cometidos repetidamente, em algum momento estaria afetada a confiança na vigência da proibição do homicídio. E o mesmo vale para a personalidade do autor.[29] Pessoa, em *Jakobs*, é um termo técnico, que designa o portador de um papel,[30] isto é, aquele em cujo compor-

23. Cf *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 2. ed., Berlin, 1999, p. 55.

24. Cf. *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, München, 1992, p. 30.

25. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin / New York, 1993, § 1/4; cf. ademais *Luhmann*, Rechtssoziologie, 3ª ed., Opladen, 1987, p. 43, para o qual normas nada mais são que expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente.

26. Cf. *Jakobs*, ZStW 107 (1995), p. 848: "A 'destruição de uma vida humana' é, em si, nada mais que simples natureza; apenas uma norma, fundamentada no que quer que seja, faz do sistema psico-físico 'ser humano' um ser humano, que não pode ser morto sem fundamento"; além disso, p. 859.

27. Cf. *Jakobs*, Schuld und Prävention, Tübingen, 1976, p. 10; Strafrecht..., § 1/6.

28. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht..., p. 49-50; Personalidad y exclusión en derecho penal, in: Montealegre Lynett (ed.), El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje a Jakobs, trad. Manso Porto, Bogotá, 2003, p. 73 e ss. (p. 85).

29. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht..., p. 50 e ss.

30. Sobre o conceito de papel, cf. *Jakobs*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: Dornseifer u. a. (ed.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, 1989, p. 271 e ss. (p. 286); Handlungsbegriff..., p. 39; ZStW 107 (1995), p. 859; La imputación objetiva en derecho penal, trad. Cancio Meliá, Madrid, 1996, p. 97; Personalidad..., p. 73. Observe-se que, nos escritos mais recentes, há um progressivo afastamento de um conceito sociológico, fundado em posições sociais, em favor de um conceito jurídico, referido a direitos e obrigações.

tamento conforme à norma se confia e se pode confiar. "Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bençãos do conceito de pessoa".[31] Inimigos são "a rigor não-pessoas",[32] lidar com eles não passa de "neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem".[33] Características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinqüência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade.[34] Na mais recente manifestação, são mencionados como ulteriores exemplos do direito penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, as medidas de segurança,[35] a custódia de segurança[36] e as prisões de Guantánamo.[37]

O tom parece portanto ter se modificado bastante em relação a 1985. Os dispositivos do direito material[38] e processual[39] vigentes não são mais interpretados levando em conta a sua compatibilidade com o modelo do direito penal do cidadão, mas são expostos apenas com fins ilustrativos. E se em 1985 o direito penal do inimigo se legitimava só em casos de excepcional emergência, agora diz *Jakobs* não apenas que "as duas perspectivas têm seu âmbito legítimo, o que também significa que elas podem ser aplicadas no âmbito erra-

31. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht..., p. 52.

32. Jakobs, Selbstverständnis..., p. 53.

33. Jakobs, Staatliche Strafe..., p. 41.

34. *Jakobs*, Selbstverständnis..., p. 52 f.; Personalidad..., p. 87.

35. Ambos em *Jakobs*, Staatliche Strafe..., p. 41.

36. *Jakobs*, Staatliche Strafe..., p. 42. Esta medida de segurança que em alemão se chama Sicherungsverwahrung é prevista no § 66 do StGB, consistindo numa privação de liberdade imposta a pessoas consideradas perigosas que pode ser aplicada inclusive depois do cumprimento de pena privativa de liberdade.

37. *Jakobs*, Staatliche Strafe..., p. 44.

38. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht..., p. 57.

39. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht..., p. 53 e ss.

do",[40] como também admite sem maiores dificuldades o estado de emergência: "inexiste, atualmente, qualquer alternativa visível ao direito penal do inimigo".[41] Lê-se ademais: "Quem não garante de modo suficientemente seguro que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, tampouco tendo o estado o direito (*darf*) de tratá-lo como pessoa, pois doutro modo estaria violando o direito à segurança das outras pessoas. Seria portando completamente errado demonizar aquilo que está se chamando de direito penal do inimigo".[42] Uma passagem um tanto obscura poderia ser mesmo entendida como uma defesa das guerras do Iraque e do Afeganistão, ou da caçada a Bin Laden: "(...) contra os violadores de direitos humanos, que não oferecem, de certo, garantia suficiente de que se comportarão como pessoas em sentido jurídico, é em si permitido tudo aquilo que é permitido no estado de natureza (...); esse extenso direito é também exercido faticamente, uma vez que se começa uma guerra, ao invés de mandar-se a polícia para executar uma ordem de prisão".[43]

Mas não se pode esquecer que há passagens que podem ser entendidas como críticas. Primeiro deixa Jakobs expressamente em aberto a pergunta quanto a se o direito penal do inimigo é conceitualmente direito.[44] Em segundo lugar, o direito vigente ainda é criticado em momentos isolados: a punição do acordo para praticar um crime segundo o direito alemão (§ 30 StGB) é recusada, porque aqui se trata de direito penal do inimigo, utilizado no lugar errado, pois aqueles que se comprometem uns com os outros a praticar um fato criminoso não são necessariamente pessoas perigosas e desmerecedoras de confiança.[45] Críticas similares são dirigidas ao tipo de associação criminosa ou terrorista (§§ 129,

40. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht..., Sp. 55-56.
41. *Jakobs*, Selbstverständnis ..., p. 53.
42. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht ..., p. 56.
43. *Jakobs*, Staatliche Strafe ..., p. 47.
44. *Jakobs*, Selbstverständnis ..., p. 51.
45. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht ..., p. 56 e ss.

129a).[46] Não vejo, porém, outros exemplos de uma tal utilização crítica do par conceitual direito penal do cidadão e do inimigo nos trabalhos mais recentes.[47]

3. A controvérsia na literatura

Agora tentaremos fornecer um pequeno resumo da discussão. O objetivo não é reproduzir cada nuance do debate, muito menos tomar posição a respeito, mas sim abrir caminho para as próprias considerações. Talvez o aspecto mais interessante desta discussão seja oferecer ela um exemplo único de intercâmbio de idéias verdadeiramente internacional, isto é, de um fenômeno que oxalá se torne cada vez mais freqüente.

3.1 A discussão de 1985 até a virada do milênio

As primeiras respostas não foram muito críticas.[48] No relatório das discussões ocorridas no congresso de 1985, encontram-se várias manifestações positivas, que ou cuidam de aspectos dogmáticos da distinção entre direito penal do cidadão e do inimigo,[49] ou se limitam a criticar aspectos secundários, como a falta de clareza,[50] ou não apenas acatam de todo a idéia, mas também a levam adiante.[51] No congresso de professores de direito penal de 1985, objeções foram um fato singular.[52]

46. Inicialmente já nas discussões orais após a primeira conferência, cf. *Ambos*, Bericht über die Diskussion zum Thema "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit", in: Eser et ali, Strafrechtwissenschaft..., p. 101 e ss. (p. 106); mais detalhadamente *Jakobs*, Staatliche Strafe..., p. 46.

47. O fato de que o direito penal internacional seja considerado direito penal do inimigo (cf. *Jakobs*, Staatliche Strafe..., p. 47 e s.), não pode de modo algum ser univocamente visto como uma crítica.

48. Muitos falam até de uma aceitação geral na doutrina, cf. *Lorenz Schulz*, ZStW 112 (2000), p. 653 e ss. (659); *Schünemann*, GA 2001, p. 211; cf. ademais a nota de rodapé 1.

49. Vgl. *Puppe*, em *Gropp*, ZStW 97 (1985), p. 920.

50. *Hirsch*, no mesmo local, pp. 921, 922; *Lampe*, idem, 923; *Tiedemann*, idem, p. 924.

51. *Naucke*, idem, p. 925.

52. Pelo que vejo, a única manifestação crítica veio de *Callies*, idem, p. 921.

Até a virada do milênio, permaneceu o direito penal do inimigo uma figura quase que ignorada. Ou se utilizava o conceito para descrever criticamente tendências da moderna legislação penal,[53] ou se cuidava mais de problemas dogmáticos específicos.[54] Houve também uma tentativa isolada de formular condições de legitimidade de um inevitável direito penal do inimigo, tentativa essa que não atraiu atenção alguma.[55]

3.2 A discussão na e depois da virada do milênio

Já as manifestações mais recentes de *Jakobs* provocaram apaixonadas reações. Na Alemanha respondeu-se principalmente à palestra proferida no congresso sobre "A ciência jurídico-penal alemã diante da virada do milênio", enquanto no exterior levou-se em conta também um estudo mais extenso, cuidadosamente traduzido por Cancio Meliá.[56]

Ao que parece, os debates orais logo após a palestra nem foram tão calorosos,[57] mas não foi necessário esperar muito até que outros autores clamassem seu direito de participar na discussão. Formularam-se os mais diversos argumentos,

53. *Hassemer*, Das Schicksal der Bürgerrechte im "effizienten" Strafrecht, in: StV 1990, p. 328 e ss. (p. 329); P.-A. *Albrecht*, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionstaat, in: KritV 1998, 182 e ss. (p. 202); *Frehsee*, Die Strafe auf dem Prüfstand. Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse, StV 1996, p. 222 e ss. (p. 227).

54. Veja-se, de um lado, *Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, 1992, pp. 81, 89, que, partindo de diversos fundamentos, acaba aceitando em suas conclusões a exigência formulada por Jakobs de que o injusto deve consistir numa perturbação externa; e, de outro, *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, p. 182 e ss. (em especial p. 188), que recusa a idéia como um todo.

55. *Dencker*, Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung, StV 1988, p. 262 e ss. (p. 266).

56. *Jakobs*, Derecho penal ciudadano y derecho penal del enemigo, in: Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Madrid, 2003, p. 19 e ss. Este estudo corresponde ao segundo trabalho citado à nota 19.

57. Síntese em *Ambos*, Bericht..., p. 101 e ss. (p. 103 e ss.) e *Nuzinger/Sauer*, Tagunsbericht: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, in: JZ 2000, p. 407 e ss. (p. 407).

quase todos apresentando, porém, um traço comum: uma postura crítica, para não dizer escandalizada. Questionaram-se primeiramente as duas premissas empíricas da argumentação de *Jakobs*, a saber, que o direito penal do cidadão só poderia ser salvo se dele fosse separado o direito penal do inimigo,[58] e que inexistiria qualquer alternativa ao direito penal do inimigo.[59] Perguntou-se, ademais, se a diagnose em si crítica do direito penal do inimigo não acabaria, de alguma maneira, por legitimá-lo.[60] Outros tentaram valer-se da categoria para criticar determinados fenômenos, como os agentes infiltrados,[61] a custódia de segurança,[62] a europeização do direito penal[63] ou o direito penal internacional.[64] Mas o alvo principal das críticas foi o suposto direito do estado de recusar a seres humanos o *status* de pessoa:[65] o conceito do direito penal do inimigo significaria uma volta a idéias nacional-socialistas a respeito da exclusão de determinados grupos, apresentando uma problemática semelhança a certas concepções de *Mezger* ou ao pensamento com base nas categorias amigo/inimigo, de *Carl*

58. *Schulz*, ZStW 112 (2000), p. 662; *Kunz*, "Gefährliche" Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung, in: Festschrift für Eser, München, 2005, p. 1375 e ss. (p. 1389); *Prittwitz*, Derecho penal del enemigo: análisis crítico o programa del derecho penal?, in: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Hrsg.), La política criminal em Europa, Madrid, 2003, p. 107 e ss. (p. 119).

59. *Schünemann*, GA 2001, 212; *Prittwitz*, Derecho penal del enemigo..., p. 118.

60. *Puppe*, em *Nuzinger/Sauer*, JZ 2000, p. 407; *Schulz*, ZStW 112 (2000), p. 663 s.

61. *Lüderssen*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess, in: Roxin/Widmaier (eds.), Festschrift 50 Jahre BGH, Bd. IV, 2000, p. 883 e ss. (p. 908 e ss.).

62. *Kunz*, Gefährliche Rechtsbrecher..., p. 1386 e ss.

63. *Prittwitz*, Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa, in: ZStW 113 (2001), p. 774 e ss. (p. 795); contra, *Lüderssen*, Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtssetzung, GA 2003, p. 71 e ss. (p. 79).

64. Daniel *Pastor*, El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional, 2004 (no prelo), texto à nota de rodapé 47 e ss. Este artigo, bem como os demais trabalhos inéditos que abaixo menciono, serão citados não a partir do número de página, mas sim do número da nota de rodapé a que corresponde o trecho a que me refiro.

65. *Schünemann*, GA 2001, p. 211 e ss.; *Muñoz Conde*, El derecho penal del enemigo, México D. F., 2003, p. 28; *Velásquez Velásquez*, El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana, 2004 (palestra inédita), texto à nota de rodapé 83 e ss.

Schmitt;[66] a concepção mal seria constitucionalmente aceitável, ou mostrar-se-ia de todo inapropriada para um estado de direito;[67] ela justificaria sistemas totalitários atuais ou futuros;[68] ele representaria a pior forma de terrorismo, o terrorismo estatal;[69] ela configuraria um inadmissível direito penal de autor.[70] Contra quase todos os outros aspectos do conceito formularam-se adicionais objeções: o direito penal teria que permanecer estranho a quaisquer idéias bélicas;[71] a idéia do direito penal do inimigo seria demasiado imprecisa e de todo inadequada ao sutil trabalho dogmático e político-criminal de que necessita o direito penal moderno;[72] a rigor, o direito penal do inimigo sequer seria conceitualmente direito penal ou direito;[73] a idéia decorreria de raciocínios circulares;[74] tratar indivíduos como inimigos não seria funcional para reestabilizar a norma violada em sua vigên-

66. *Eser*, Schlußbetrachtungen, in: Eser et ali (eds.), Deutsche Strafrechtswissenschaft..., p. 437 e ss. (p. 444), e *Düx*, Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten, ZRP 2003, p. 189 e ss. (p. 194) falam numa proximidade ao pensamento nacional-socialista em geral; *Prittwitz*, Derecho penal del enemigo..., p. 116, *elásquez Velásquez*, El funcionalismo..., e *Aponte*, Krieg und Feindstrafrecht, Baden Baden, 2002, p. 137 e ss., traçam o paralelo com Carl Schmitt; *Muñoz Conde*, Derecho penal del enemigo..., p. 26 e ss. fala em contatos com Mezger.

67. *Ambos*, Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2ª edição, Berlin, 2004 (1ª edição 2002), p. 62; *Demetrio Crespo*, Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo", Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 2004/A, p. 47 e ss. (p. 50); *Pastor*, Derecho penal del enemigo..., texto à nota de rodapé 111.

68. *Ambos*, Der allgemeine Teil..., p. 62; *Prittwitz*, Derecho penal del enemigo..., p. 119.

69. *Muñoz Conde* Derecho penal del enemigo..., p. 34.

70. *Cancio Meliá*, "Derecho" penal del enemigo? p. in: Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo..., p. 57 e ss. (p. 94, p. 100 e ss); *Hefendehl*, La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor, in: Derecho penal y criminología 75 (2004), Colômbia, p. 57 e ss. (p. 64); *Demetrio Crespo*, Del derecho penal liberal..., p. 50.

71. *Prittwitz*, Krieg als Strafe – Strafrecht als Krieg, in: Festschrift für Lüderssen, 2002, p. 499 e ss. (p. 513); diversamente, H. *Schneider*, Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?, ZStW 113 (2001), p. 499 e ss., pp. 504, 506, 515, que quer valer-se da teoria escolástica da guerra justa no lugar do direito penal do inimigo, por ele considerado uma concepção belicista.

72. *Schünemann*, GA 2001, 211 e ss.

73. *Cancio Meliá*, "Derecho penal del enemigo..., p. 99; *Pastor*, Derecho penal del enemigo..., texto à nota de rodapé 111.

74. *Schünemann*, GA 2001, p. 212.

cia;[75] o problema do controle dos inimigos não poderia ser resolvido pelo direito penal, mas sim por outros ramos do direito.[76] Ofereceram-se também várias diagnoses: o direito penal do inimigo seria conseqüência de um excessivo eficientismo, mas apesar disso ineficaz;[77] ele decorreria do funcionalismo de Luhmann, para qual apenas interessa a manutenção do sistema,[78] ou de uma combinação entre o direito penal simbólico e o direito penal punitivista;[79] ou ele representaria nada mais do que a estrutura geral dos discursos jurídico-penais autoritários.[80]

Registrem-se também as vozes isoladas que manifestaram seu assentimento à idéia, ou declarando que o direito penal do inimigo seria legítimo em situações de emergência, mas apenas enquanto se tratasse do mal menor[81] ou afirmando que não se pode ter qualquer dúvida de que o direito penal do inimigo seria direito.[82]

4. A necessária distinção conceitual prévia

Já vimos as idéias de Jakobs e as reações que elas provocaram, de modo que o normal seria agora expor a própria opinião. Mas é exatamente isso que não deve aqui ocorrer: a tese central deste estudo é que a discussão atualmente em curso padece de uma fundamental *falta de clareza conceitual*. E o primeiro que se tem de

75. *Cancio Meliá*, "Derecho penal del enemigo..., p. 97 e ss.

76. *Pastor* Derecho penal del enemigo..., texto à nota 112 e ss.; *Kunz*, Gefährliche Rechtsbrecher..., p. 1392.

77. *Aponte*, Krieg..., pp. 20, 68 e ss., 122, 329 e s.

78. *Portilla Contreras*, Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo, in: Jueces para la democracia 49 (2004), p. 43 e ss.

79. *Cancio Meliá*, "Derecho penal del enemigo..., p. 78.

80. *Zaffaroni*, El derecho penal liberal y sus enemigos (discurso de agradecimento ao título de doutor *honoris causa* conferido pela Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha, inédito), Janeiro de 2004, parte II.

81. *Silva Sánchez* La expansión del derecho penal, 2ª edição, Madrid, 2001, pp. 164, 166.

82. Cf. *Burgstaller*, em *Nuzinger/Sauer*, JZ 2000, p. 407, e em *Ambos*, Bericht, p. 105.

fazer é corrigir este erro, somente então se podendo ensaiar um posicionamento em face das verdadeiras questões.

Bem se poderia responder ceticamente à tese que acabo sumariamente de formular. Afinal, não pareceria suficientemente claro qual o sentido da expressão "direito penal do inimigo"? De um ponto de vista *semântico*, sim: o direito penal do inimigo é o tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo. Mas se o conceito é claro do ponto de vista semântico, permanece ele deveras obscuro no que diz respeito ao seu *significado pragmático*, isto é, às finalidades ou funções que se tentam alcançar com sua utilização no discurso científico. A rigor, podem-se almejar ao menos três finalidades com o conceito de direito penal do inimigo, o que levará a três conceitos de direito penal do inimigo.

É primeiramente possível ver no conceito de "direito penal do inimigo" nada mais do que um instrumento analítico para descrever com mais exatidão o direito positivo. Algumas normas de nosso ordenamento jurídico seriam então caracterizadas como direito penal do inimigo, o que não significaria serem elas boas ou ruins por causa disso. Uma tal utilização seria própria de um *conceito descritivo* de direito penal do inimigo.

Em segundo lugar, pode-se utilizar o termo "direito penal do inimigo" para fazer mais do que meramente caracterizar determinados dispositivos. Ao considerar uma certa regra de direito penal do inimigo, pode-se estar almejando estigmatizá-la como especialmente anti-liberal e contrária ao estado de direito, apontando, assim, para a necessidade de sua reforma. Essa segunda possibilidade de emprego da palavra direito penal do inimigo será aqui chamada de *crítico-denunciadora*.

Existe, porém, uma terceira maneira de trabalhar com o conceito "direito penal do inimigo", que é a de formular uma teoria de seus pressupostos de legitimidade e afirmar que estes estariam predominantemente satisfeitos na realidade. Em outras palavras: esse terceiro caminho declararia o direito penal do inimigo

algo legítimo. Chamar um dispositivo de direito penal do inimigo não implicaria qualquer condenação, mas apenas uma indicação de que o dispositivo tem de ser legitimado com base em pressupostos diversos daqueles que valem para os dispositivos tradicionais do direito penal do cidadão. Neste último caso, ter-se-ia um *conceito legitimador-afirmativo* do direito penal do inimigo.

Agora torna-se quase natural formular duas perguntas. A primeira: de qual conceito de direito penal do inimigo parte o criador do termo? A segunda: a qual conceito de direito penal do inimigo referem-se os diversos participantes da discussão?

Esta primeira *pergunta, quanto ao caráter descritivo, crítico-denunciador ou legitimador-afirmativo do conceito de direito penal em Jakobs*, será aqui intencionalmente *posta de lado*.[83] Mesmo que o tom crítico pareça ter predominado em 1985,[84] as novas manifestações estão imbuídas daquela *ambigüidade* típica de todas as idéias "chocantes" de *Jakobs*, a saber: não fica claro se o autor apenas descreve, ou se já está legitimando.[85] Ele declara repetidamente estar apenas descrevendo.[86] Assim, por ex., também sua teoria da pena quer somente explicar a eficácia ou o significado[87] do ato

83. A ela dedica-se em especial *Prittwitz*, Derecho penal del enemigo..., p. 110 e ss.

84. Comumente interpreta-se Jakobs como sendo crítico em 1985, mas afirmativo nas manifestações mais recentes: assim, por ex., *Prittwitz*, ZStW 113 (2001), p. 795; Derecho penal del enemigo..., pp. 108 e 111, onde é dito de modo bastante plástico: "... se Jakobs declarou em sua palestra de 1985 guerra ao ilegítimo direito penal do inimigo, em 1999 a declaração de guerra se dirigiu mais aos inimigos da sociedade"; H. *Schneider*, ZStW 113 (2001), p. 504; *Schünemann*, GA 2001, p. 211. Mais de acordo com o ponto de vista aqui proposto, *Aponte*, Krieg..., p. 136: a primeira manifestação seria, de fato, crítica, mas as atuais ambíguas.

85. Ressaltei noutra sede esta ambigüidade como o defeito fundamental da abordagem Jakobsiana: *Greco*, Cumplicidade através de ações neutras, Rio de Janeiro, 2004, p. 39. Ela também é relevada, no que se refere ao conceito de direito penal do inimigo, acertadamente por Aponte, Krieg..., p. 131, p. 134.

86. Referindo-se ao conceito de direito penal do inimigo, cf. acima, nota 24; genericamente ou referido a outras questões, por ex., *Jakobs*, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, in: ZStW 101 (1989), p. 516 e ss. (p. 536): trata-se apenas de "uma nova interpretação do direito penal, tal como ele existe"; Das Schuldprinzip, Opladen, 1993, p. 30; ZStW 107 (1995), p. 848, nota 10, e p. 855.

87. Assim o jargão mais recente, de índole ainda mais normativista, cf. *Jakobs*, ZStW 107 (1995), p. 845.

de punir, sem prejudicar a questão quanto à legitimidade desse ato: afinal, a pena só pode legitimar-se por meio do ordenamento para cuja proteção ela é imposta.[88] E seu conceito funcional de culpabilidade, que vê nela uma atribuição fundada em necessidades preventivo-gerais, é apenas a descrição do fato de que o direito realmente distribui culpabilidade a depender de seus objetivos.[89] Tais alegações de estar limitando-se a descrever raramente são levadas muito a sério na doutrina, e isso não sem razão. Afinal, *Jakobs* deduz de suas premissas supostamente descritivas conclusões de caráter normativo, o que já por motivos lógicos (palavra-chave: falácia naturalista) só é possível se também as premissas forem normativas.[90] No caso da culpabilidade, observe-se como, por ex., o fato de consciência é tratado com recurso direto ao conceito funcional de culpabilidade.[91] No caso do direito penal do inimigo, observe-se a afirmativa de que o estado não apenas tem o direito de tratar indivíduos perigosos como não pessoas, mas sim o dever de fazê-lo.[92] E, em segundo lugar, oferece *Jakobs* muitas vezes um fundamento para suas "descri-

88. *Jakobs*, Strafrecht.., § 1/20.

89. Cf. *Jakobs*, Schuld..., p. 29; Schuldprinzip ..., p. 30.

90. Por "falácia naturalista" entende-se o erro lógico oriundo de ignorar a impossibilidade de extrair conclusões normativas (dever ser) de premissas descritivas (ser). Por ex., diz-se: "todo homem é infiel; logo, devo ser infiel". A premissa limita-se a verificar um estado de coisas, tais como elas são (a geral infidelidade masculina); a conclusão, porém, formula diretrizes a respeito de como as coisas deveriam ser (como eu devo me comportar). A rigor, uma tal argumentação apresenta uma premissa escondida, de índole normativa, que possibilitará que a conclusão seja formulada em linguagem normativa. No nosso exemplo, essa premissa seria "eu devo me comportar como todo homem se comporta". Bem se vê que aqui está o ponto mais vulnerável do silogismo, pois não é de modo algum evidente que tal dever exista. Mas, num argumento que comete a falácia naturalista, essa duvidosa premissa normativa acaba sendo ocultada e, com isso, subtraída à crítica, uma vez que não consta explicitamente da dedução. Afinal, esta falaciosamente finge partir apenas de premissas descritivas. (Sobre a falácia naturalista, já clássico, *Hare*, The language of morals, Oxford, 1952 [reimpr. 2001], p. 27 e ss.) Da mesma forma, parece-me que em Jakobs tudo depende da premissa normativa oculta de que a "identidade normativa da sociedade deve ser mantida", a qual é, no mínimo, bastante questionável.

91. Cf. *Jakobs*, Strafrecht..., § 20/22, onde se diz que o que importa é se a convicção do autor contrária ao ordenamento jurídico "pode ser explicada contornando o autor, sem dano para a ordem jurídica".

92. Cf. acima nota 42.

ções", que não se esgota em apontar para dados empíricos, o que é um tanto incompatível com a suposição de que essas premissas não passem de meras descrições, indicando, isso sim, que sejam elas já plenas de conteúdo normativo. Para explicá-lo mais uma vez com um duplo exemplo: o conceito funcional de culpabilidade é por sua vez também deduzido da necessidade de garantir a tal "identidade normativa" da sociedade, isto é, um núcleo sólido de normas sociais;[93] e, como vimos acima, o direito penal do inimigo é explicado com base em considerações sobre a constituição da personalidade jurídica.

Ou seja, há muito a favor da tese de que as meras descrições de *Jakobs* na verdade não se limitam a descrever, e de que o conceito de direito penal do inimigo é utilizado predominantemente de modo legitimador-afirmativo. Em face disso, não podemos nos espantar com o fato de que *Jakobs* seja na maioria das vezes assim entendido e, por isso, duramente criticado. Suas declarações de que nada mais faz do que descrever têm algo do lavar as mãos de Pilatos, que também acreditava apenas verificar qual a vontade do povo. De qualquer modo, parece-me recomendável renunciar à pretensão de interpretar univocamente o ponto de vista de *Jakobs*, e isso por duas razões. A primeira, mais fraca, é a certeza de que, em razão da ambigüidade acima apontada, seria necessário um esforço enorme para chegar à interpretação correta – se é que ela existe. Mas como estamos lidando com um autor vivo, estaria compreendido primariamente em sua esfera de competência (para utilizarmos um conceito jakobsiano), e não na nossa, expor com clareza as suas idéias. Como diz *Jakobs* acertadamente: "nem tudo incumbe a todos".[94] Mas a razão decisiva para que se evite um enfoque exclusivo no conceito legitimador-afirmativo do direito penal do inimigo é o estreitamento de horizontes que isso acarretaria. Afinal, parece bem possível que o conceito apresente outras possibilidades de utilização que o tornem de

93. *Jakobs*, Schuld ..., p. 32; ZStW 107 (1995), p. 843.

94. *Jakobs*, Regressverbot beim Erfolgsdelikt, in: ZStW 89 (1977), p. 1 e ss. (p. 30).

alguma maneira útil. E só se poderá saber ser este o caso, se analisarmos com cuidado também essas outras possibilidades.

A *segunda pergunta, quanto ao conceito de direito penal do inimigo nos participantes da discussão*, também ficará *sem resposta*, e isto porque ela não pode ser respondida. A falta de clareza no proponente provocou a falta de clareza dos oponentes, de modo que em muitos destes se vê o conceito de direito penal do inimigo sendo utilizado de modo não unívoco. Por isso, está-se tentando neste estudo introduzir uma distinção conceitual que pode ser útil para um aumento na precisão do debate.

É hora de nos voltarmos para a avaliação do "direito penal do inimigo" como conceito legitimador, crítico ou meramente descritivo. Pouco importa, assim, de que maneria o criador vê a sua criatura, e tampouco como ela é vista pelos participantes da discussão. Ela pode ser vista de três maneiras, ela é empregada em diferentes momentos para três diversas finalidades, e agora interessa-nos distinguilas com clareza uma das outras e dedicar a cada qual a nossa irrestrita atenção.

5. Direito penal do inimigo como conceito afirmativo-legitimador

Comecemos com o conceito afirmativo-legitimador de direito penal do inimigo – e isso pelo simples fato de que, aqui, há poucas dificuldades. A revolta que se viu nas várias reações que a idéia provocou está, de fato, justificada. Afirmar que o estado tem o dever de não respeitar seres humanos como pessoas é nada menos do que um *escândalo*. E por isso é também compreensível que se tenham feito comparações com a recente história alemã, o que, se por um lado, não parece de todo correto – primeiramente, porque não apenas a ideologia racista do nacional-socialismo, mas também concepções estatais totalitárias, ainda que não racistas (como o fascismo e o comunismo) negam o devido respeito a "indivíduos perigosos", e em segundo lugar, porque em lugar algum a raça é considerada um

indício da falta de segurança cognitiva do indivíduo – por outro, releva com clareza o caráter autoritário da idéia.

Não seria errôneo objetar que o que acabo de dizer não passa de uma recusa ingênua e pouco diferenciada, pois seria necessário fundamentar melhor o que é e o que não é "autoritário". É disso que agora nos ocuparemos. A rigor, o conceito legitimador-afirmativo de direito penal do inimigo é insustentável por duas razões, a primeira de índole epistemológica, a segunda de índole pragmática. A estas duas razões poder-se-ia adicionar uma terceira – na verdade, um feixe delas – de caráter mais retórico, que, por um lado, não tem a meu ver importância tão decisiva, mas, por outro, pode ser útil para convencer os que não estiverem dispostos a acatar a teoria de limites ao direito penal da qual parto.

Primeiro vejamos a *razão epistemológica* da recusa ao direito penal do inimigo legitimador. Apesar de esta palavra soar um pouco deslocada num estudo de direito penal, uso-a em seu sentido literal.[95] O conceito de direito penal do inimigo aponta para um dado empírico: a existência de um potencial para o cometimento de delitos. Se este dado empírico estiver presente, torna-se legítima a intervenção do poder punitivo estatal. Mas aqui nos deparamos com um problema epistemológico: do empírico não deriva nada de modo necessário, mas apenas de modo contingente; o que é empiricamente X, pode sempre ser algo diverso, um Y.[96] Se nos basearmos exclusivamente em dados empíricos, acabamos por

95. Também *Ferrajoli*, Diritto e ragione, 5ª ed., Roma, 1998, fala numa epistemologia do direito penal do estado de direito (p. 5 e ss.), mas sua teoria apresentar traços positivistas e convencionalistas, enquanto a de que aqui se parte é fortemente tributária do pensamento kantiano, sem, contudo, acatar a teoria da retribuição, tal qual é o caso entre a maioria dos autores que hoje se inspiram nas idéias de Kant. Uma exposição mais extensa das premissas de que aqui se parte não é possível nesta sede. Faço remissão à minha tese de doutorado ainda não concluída sobre "Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie" (O vivo e o morto na teoria da pena de Feuerbach), parte C II e III.

96. Cf. *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 2ª edição, editada por Raymund Schmidt, Hamburg, 1990 (orig. 1787) B 3 e B 4; *Höffe*, Immanuel Kant, 5ª edição, München, 2000, p. 54; *Naucke*, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 4ª. edição, Neuwied/Kriftel, 2000, p. 71; Notizen zur relativen Verbindlichkeit des Strafrechts, in: Festschrift für E. A. Wolff, Berlin etc., 1998, 361 e ss. (364 e ss.).

entregar o autor às contingências do empírico, e fechamos todas as portas para a construção de uma teoria dos limites inultrapassáveis do poder estatal de punir. Afinal, estes limites só poderão ser de fato inultrapassáveis se forem necessários, o que exige que eles sejam fundados não no empírico, mas em considerações de caráter apriorístico, livres de qualquer dado da experiência.[97] Um destes limites ao poder estatal de punir – e talvez o mais importante deles – é a reconhecida idéia, que remonta ao pensamento de Kant, segundo a qual o homem, um fim em si mesmo, nunca pode ser tratado apenas como um instrumento para finalidades diversas.[98] Apesar de o conteúdo desta idéia não ser de maneira alguma tão claro quanto geralmente se supõe,[99] pode-se de imediato reconhecer que, qualquer que seja este conteúdo, ele se oporá a uma concepção legitimadora-afirmativa do direito penal do inimigo. Afinal, o direito penal do inimigo é, já por definição, aquele que pune sem reconhecer o limite de que o homem é um fim em si mesmo, mas sim atendendo unicamente às necessidades de prevenção de novos delitos de parte daquele que é considerado perigoso. A afirmativa de *Jakobs*, de que ainda assim não é possível fazer com o inimigo o que se bem quiser, pois ele seria dotado de

97. Apenas para esclarecer as diferenças fundamentais (para mais detalhes, remeto outra vez à minha inacabada tese de doutorado, cf. nota 95) entre a concepção de que aqui se parte e a de outros autores de inspiração kantiana, seja dito que, aqui, aquilo que é categórico, inviolável, apriorístico, numa palavra, absoluto, é considerado apenas limite, mas não fundamento de uma pena legítima. Isso significa que, por um lado, nem toda punição que respeite estes limites já será legítima, enquanto, por outro, nenhuma punição que não os respeite o será. A rigor, está-se aqui tomando a idéia de Roxin, segundo a qual se deve renunciar à concepção "bilateral" do princípio da culpabilidade (como limite e fundamento) em favor de uma "unilateralidade" (como mero limite) (cf., com essa terminologia, *Roxin*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 [1984], p. 641 e ss. [p. 654]), generalizando-a, ao levá-la a outras garantias que não apenas a culpabilidade, e fortalecendo-a, ao fundar estas garantias em considerações originadas na razão pura, não empírica. Por isso a opinião de que aqui se parte escapará à teoria da retribuição, típica entre kantianos (para uma crítica da teoria da retribuição cf. especialmente *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, p. 1 e ss. [p. 3 e ss.]; = Sentido e limites da pena estatal, trad. Natscheradetz, 2ª edição, Lisboa, 1993, p. 15 e ss. [17 e ss.]).

98. *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Edição Könemann), Köln, 1995, p. 24.

99. A respeito, detalhadamente, meu trabalho mencionado à nota 95, C III.

"personalidade potencial", de modo que não seria permitido ultrapassar a medida do necessário,[100] não é uma solução, mas justamente o problema. Afinal, quem é tratado apenas segundo considerações de utilidade e necessidade não é uma pessoa, e sim uma coisa. Aqui será tão impossível falar limites morais absolutos quanto o é no trato com quaisquer objetos do direito das coisas, entre os quais o autor foi claramente jogado.[101]

Chamei de *pragmática* a segunda razão que fundamenta a recusa ao conceito legitimador do direito penal do inimigo. Ela releva que já existem conceitos melhores, mais precisos e não tão emocionais para designar os vários aspectos preventivos que existem e que devem existir no direito penal. Assim, p. ex., a criação de barreiras psíquicas à prática geral de condutas indesejadas é chamada de prevenção geral negativa ou intimidação. E diante de fenômenos mais problemáticos, como a inocuização/incapacitação ou as medidas de segurança, parece mais aconselhável trabalhar não com o conceito bélico de inimigo, mas sim com outras categorias. Ou seja, mesmo onde se trata de controlar perigos oriundos de um determinado agente, não é necessário recorrer ao conceito do direito penal do inimigo; e se tentarmos utilizá-lo, veremos nossas dificuldades aumentadas pelas obscuridades oriundas não apenas dos próprios problemas, mas principalmente da palavra direito penal do inimigo, que parece apta a legitimar quase que automaticamente qualquer intervenção estatal imaginável.[102]

A terceira razão – como acima disse – tem caráter mais *retórico.* A rigor, ela me parece estar de todo contida na primeira razão, que chamei de epistemológica. Como não posso contar com uma aceitação geral das premissas quase metafísicas da posição epistemológica aqui rapidamente esboçada, acrescento considerações

100. *Jakobs*, Selbstverständnis..., p. 51.

101. Neste sentido, de modo fundamental contra toda legitimação da pena exclusivamente empírica, *Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. por Weischedel, Frankfurt, 1993, p. 453. Esta instrumentalização do homem é admitida por *Jakobs*, Strafrecht..., § 1/20, até mesmo para o direito penal do cidadão.

102. Assim também a crítica de *Schünemann* à nota 72.

que podem ter e já vêm tendo bastante relevância na discussão. É bem questionável se o conceito de inimigo é compatível com a imagem de ser humano da qual parte nosso ordenamento jurídico.[103] Pode-se apontar para a história autoritária de concepções fundadas na distinção entre amigo/inimigo.[104] A estigmatização de grupos inteiros de seres humanos como "diferentes", a segregação entre "nós" e "eles" a que estas idéias levam – nada disso promove a necessária atitude de tolerância e humanidade.[105] As incertezas em que estão envolvidas as prognoses de periculosidade[106] são de todo ignoradas pela idéia do direito penal do inimigo, que tampouco leva em conta a possibilidade de que tais prognoses atuem seletivamente e produzam criminalidade que depois dizem combater.[107] Muitos outros argumentos formulados pelos participantes da discussão podem ainda aqui ser mencionados: por ex., pontos de contato com o nacional-socialismo, referências às várias lesões a direitos humanos praticadas atualmente pelo estado, ou a possíveis sistemas totalitários, presentes ou futuros. Poder-se-ia traçar mais alguns paralelos que ainda não parecem ter sido vistos, p. ex., apontando para as semelhanças entre a idéia do direito penal do inimigo e as considerações do civilista

103. Sobre a imagem de ser humano de que parte a Lei Fundamental alemã, que em muito coincide com a nossa Constituição Federal, cf. *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, p. 17 e ss., p. 45 e ss.; sobre a imagem de ser humano no direito em geral, *Arthur Kaufmann*, Das Menschenbild im Recht, in: Festschrift für Schüler-Springorum, 1993, 415 e ss. (421).

104. *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 1933, p. 7; sobre os traços autoritários destas idéias, *Rüthers*, Carl Schmitt im Dritten Reich, 2ª edição, 1990, pp. 78, 110, 133, 136 (onde se pergunta: "Não terá o pensamento com base na dicotomia amigo/inimigo de qualquer modo um instrumento que também incluía o possível homicídio dos judeus declarados "inimigos"?); referindo-se especificamente ao direito penal do inimigo, cf. acima, nota 66.

105. Assim também *Prittwitz*, Derecho penal del enemigo..., p. 116.

106. Cf. a respeito de tais problemas em geral, *Bock*, Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen, in: JuS 1994, p. 89 e ss. (p. 94, nota 31); *Schöch*, Kriminologische Grenzen der Entlassungsprognose, in: H.-J. Albrecht etc. (ed.), Festschrift für Kaiser, Berlin, 1998, p. 1239 e ss. (p. 1248 e ss.).

107. Tal era a conhecida tese do chamado *labeling approach*, cf. fundamental Howard S. *Becker*, Outsiders. Studies in the sociology of deviance, Glencoe, 1973 (orig. 1963), p. 9; bem mais radical, *Sack*, Selektion und Selektionsmechanismen, in: Kaiser etc. (ed.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3ª edição, Heidelberg, 1993, p. 462 e ss. (p. 468).

Karl Larenz sobre a personalidade enquanto "conceito concreto", que se aplicaria ao "companheiro do povo" (*Volksgenosse*), e não a "estranhos" (*Fremde*),[108] ou lembrando a idéia do estado duplo, cunhada criticamente por *Ernst Fraenkel* para caracterizar o sistema nacional-socialista: neste funcionaria, de um lado, uma ordem segundo os princípios do estado de direito, que se ocuparia dos problemas que interessam às classes dominantes, enquanto dos inimigos cuidaria uma ordem estatal diversa e sem qualquer restrição.[109]

Como primeira conclusão pode-se, de acordo com a opinião majoritária, recusar decididamente o conceito legitimador-afirmativo do direito penal do inimigo. Uma idéia que leva a que se anulem todos os limites absolutos ao poder de punir (razão epistemológica), que não é precisa o suficiente para iluminar os aspectos preventivos que se mostrem dignos de discussão (razão pragmática) e que ainda apresenta um sabor autoritário (razão retórica) de nada pode prestar à ciência do direito penal.

6. Direito penal do inimigo como conceito descritivo

Como indicado, a discussão se refere predominantemente ao conceito legitimador-afirmativo de direito penal do inimigo. Mas continua sendo possível valer-se do conceito de outra maneira, apenas para fins de descrever uma determinada situação do direito positivo ou determinadas normas legais. Será útil uma tal categoria descritiva como o direito penal do inimigo, a ponto de merecer ela um lugar entre o aparato conceitual de que se vale a ciência do direito penal?

Dificilmente. O problema do conceito descritivo do direito penal do inimigo é que ele *mal parece possível.*[110] Afinal, a palavra "inimigo" é tão carregada

108. *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Larenz (ed.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin, 1935, p. 225 e ss. (p. 244). A respeito, detalhadamente, *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 5ª edição, Heidelberg, 1997, em especial p. 329 e ss.

109. *Fraenkel*, Der Doppelstaat, 2ª edição, Hamburg, 2001, pp. 49, 119, 142.

110. Também *Muñoz Conde*, Derecho penal del enemigo..., p. 29, recusa o conceito descritivo, mas não por sua impossibilidade, e sim porque limitar-se a descrever seria própria de uma com-

valorativamente, que parece muito difícil empregá-la apenas para descrever. A mera utilização da palavra já parece criar automaticamente divisões e polarizações, que ameaçam envolver até mesmo aquele que supostamente descreve em sua irresistível dinâmica. De modo quase que natural vê-se aquele que acaba de utilizá-la forçado ou a legitimar a atribuição da qualidade de inimigo, ou a denunciá-la criticamente. Por isso não podemos estar surpresos com o fato de que *Jakobs*, apesar de repetir que está apenas descrevendo, na verdade seja entendido por quase todos como alguém que esteja já legitimando.

Poder-se-ia objetar que estou conferindo à palavra "inimigo" um caráter quase mágico que ela, na verdade, não possui. Não seria claramente possível usar esta palavra sem tomar posição em favor de quaisquer das partes conflitantes? No dia-a-dia, dizemos que gato e rato são inimigos naturais; na história, fala-se em geral de inimizades entre pessoas e nações; e "quem é inimigo de quem" é um dos principais assuntos da adorável prática da fofoca. Devo admitir que, em tais contextos, é fácil assumir o papel de terceiro distante e imparcial. Ao conversar sobre Tom e Jerry, não se está automaticamente ao lado de Tom ou de Jerry, e tampouco toma-se partido quando se fala dos conflitos étnicos na Iugoslávia ou dos dois professores que não se cumprimentam, apesar de se verem diariamente. Mas uma tal atitude distanciada é especialmente difícil ao se lidar com o direito penal, e isso por duas razões. Primeiramente, lidamos com o direito penal não na qualidade de terceiros desinteressados, mas na de penalistas, isto é, ou de dogmáticos do direito penal ou de filósofos do direito penal. O penalista dogmático vai extrair de sua interpretação do direito positivo diretrizes para como o juiz deve decidir, e o penalista filósofo vai discutir em especial sobre a pergunta a respeito de em que condições a pena se mostra legítima. As duas atividades jurídicas pressupõem, assim, no mínimo uma tomada de posição tácita em face

preensão tecnocrática da ciência jurídico-penal, que faz do jurista um mero "notário". "Tal corresponde a descrever o funcionamento de uma cadeira elétrica, sem se manifestar a favor ou contra a pena de morte".

do ordenamento jurídico-penal, que, no caso do dogmático, será necessariamente afirmativa,[111] enquanto no caso do filósofo pode também ser crítica (se ele for um abolicionista).[112] Mas nenhum penalista consegue limitar-se a descrever, e se ele tentar extrair de algum conceito descritivo uma diretriz para decisões judiciais ou uma fundamentação para a legitimidade da pena, já abandonou ele o plano da descrição e passou para o da valoração – deslocamento esse imposto pela própria lógica (pois de descrições não é possível deduzir valorações), ocorra ele de modo manifesto ou oculto.

A segunda razão é mais geral. Diferentemente do caso de Tom e Jerry, da guerra na Iugoslávia ou da briga entre os dois professores, crimes e penas não são fenômenos que podemos observar tranqüilamente à distância. Crimes e penas interessam a todos nós enquanto cidadãos. Ninguém quer ser vítima de um crime, alguns felizardos jamais o foram, mas todos sabem que algum dia podem vir a sê-lo. O crescente medo da criminalidade de que falam os criminólogos[113] – e que, pelo menos na Alemanha, parece ser bastante injustificado[114] – é prova de que quase todos se vêem como vítimas potenciais. Por outro lado, praticamente ninguém se vê como um autor potencial.[115] Diante de uma tal polarização já existente, é quase inevitável que a introdução de categorias como amigo/inimigo leve a uma tomada de partido, e que ela ocorra em desfavor daqueles que foram declarados inimigos.

111. Ainda que essa atitude de aprovação seja dirigida não a cada dispositivo individualmente, mas apenas à generalidade destes dispositivos. Sobre o problema da responsabilidade do dogmático, especialmente delicado no caso de sistemas autoritários, *Gimbernat*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, ZStW 82 (1970), p. 379 e ss. (408 e ss.).

112. O contra-senso seria o dogmático querer adotar uma atitude abolicionista, que é desmentida cada vez em que ele declara que a solução de determinado caso é a condenação.

113. Cf. os estudos em *Bilsky* et ali (eds.), Fear of Crime and Criminal Victimization. Stuttgart, 1993; ademais *Gabriel*, Furcht und Strafe, Baden Baden, 1998, p. 62 e ss.; *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechensopfer, München, 2002, p. 109.

114. Cf. especialmente *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechensopfer..., loc. cit.; *Pfeiffer*, A demonização do mal, trad. Luís Greco, in: RBCC 52 (2005), p. 277 ss.

115. Cf. *Felson*, Crime and everyday life, 2ª edição, Thousand Oaks etc., 1998, p. 10, que chama esse fenômeno de "not-me fallacy".

Como prova da primeira razão – a impossibilidade de uma descrição distanciada por um jurista – pode-se lembrar a acima apontada ambigüidade de *Jakobs*, e o fato de que ele é quase unanimemente compreendido como um defensor do direito penal do inimigo. Além disso, na presente discussão quase que ninguém conseguiu utilizar descritivamente o conceito de direito penal do inimigo. E como prova da segunda razão – a dificuldade de lidar descritiva e distanciadamente com a criminalidade – lembrem-se a criminologia e os problemas éticos com que seus cultores sempre se vêem deparados. Os criminólogos do *mainstream* são vistos pelos seus colegas "críticos" como servos do poder,[116] e por sua vez consideram os criminólogos "críticos" meros ideólogos.[117] Se até mesmo a criminologia, que não é, em princípio, uma ciência normativa, tem dificuldade em lidar objetivamente com a criminalidade, não pode surpreender que na ciência normativa do direito penal o mesmo problema reapareça com dimensões exponencialmente maiores.

Mas há uma adicional razão contra o uso descritivo do conceito de direito penal do inimigo na ciência do direito penal. Chamemo-la de razão *pragmática*, porque ela se refere a algo que corresponde amplamente àquilo que designamos com esse nome no apartado anterior: o conceito descritivo de direito penal do inimigo parece ou dispensável ou analiticamente pouco preciso. Não está claro qual a relação entre o novo conceito de direito penal do inimigo e a conhecida idéia de direito penal de autor, nem tampouco se ainda há espaço para o primeiro depois do reconhecimento desta na discussão jurídico-penal. E quando a tarefa é analisar com cuidado setores problemáticos como, por ex., as medidas de segurança, o conceito de direito penal do inimigo pouco nos avança além do que já se obtinha com conceitos como "incapacitação", "periculosidade", "criminoso habi-

116. Clássicos aqui *Taylor/Walton/Young*, The new criminology, London, 1973, p. 33; ainda sobre a tensa relação entre criminologia e direito penal, de modo mais moderado, mas ainda assim crítico, P.-A. *Albrecht*, Kriminologie, 2ª edição, München, 2002, p. 93 e ss.; *Kunz*, Kriminologie, 3ª edição, Bern etc., 2001, § 3/15.

117. Cf. por ex. *Kaiser*, Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?, in: Stree et ali (ed.), Gedächtnisschrift für Schröder, München, 1978, p. 481 e ss. (p. 489 e ss.).

tual" etc. O critério metodológico conhecido como a "navalha de Ockham" desaconselharia a que se introduzissem despreocupadamente novos conceitos, sem que ao menos houvesse uma possibilidade de que eles se mostrassem úteis de alguma forma. De qualquer forma, o ônus argumentativo cabe a quem introduz o novo conceito, de modo que temos o direito de permanecer céticos a seu respeito.

Como segunda conclusão intermediária podemos dizer: um conceito descritivo de direito penal do inimigo não parece possível, porque o uso de um termo tamanhamente carregado de valorações como o "inimigo" força tanto a ciência (normativa) do direito penal, como o discurso cotidiano sobre os fenômenos do crime e da pena a valorarem; e esse conceito tampouco é necessário, enquanto não for explicitado em que medida ele pode contribuir para uma melhor compreensão do direito vigente se comparado a conceitos tradicionais de que já dispomos.

7. Direito penal do inimigo como conceito denunciador-crítico

Resta apenas a pergunta a respeito de em que medida um conceito crítico-denunciador de direito penal do inimigo pode ser útil à ciência do direito penal. Com base num tal conceito, o juízo de que um dispositivo é "direito penal do inimigo" automaticamente significaria, no plano dogmático, que o dispositivo deve ser interpretado de modo restritivo; no plano jusfilosófico, que se deve negar-lhe legitimidade; e, no plano político-criminal, que deve ele ser reformado. Não se pode olvidar que, no estudo de 1985, *Jakobs* aplica o conceito de direito penal do inimigo predominantemente neste sentido, chegando a conclusões interessantes e no mínimo plausíveis no que se refere a várias questões. Por ex., foram no mínimo bem felizes as suas reflexões sobre o conceito de tentativa, que levam a uma crítica da posição dominante e de sua "teoria da impressão",[118] teoria essa que le-

118. Cf. com mais referências *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch..., p. 514 e ss., e *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26ª edição, München, 2001, Vorbem § 22/22.

gitima amplamente a tradicional punição da tentativa inidônea consagrada no direito alemão.[119] Estas reflexões coincidem com uma opinião minoritária que, com cada vez mais adeptos, se dá o trabalho de questionar os fundamentos daquilo que os demais consideram óbvio.[120] É de admitir-se que um direito penal protetor de bens jurídicos tem grande dificuldade em justificar o porquê de se proibirem e punirem ações não-perigosas para bem jurídico algum, mas tão-só animadas por uma vontade criminosa. O fato de que a teoria da impressão não basta como justificativa, vez que tampouco ela parece justificável, não pode ser aqui examinado a fundo.[121] O que me parece importante é esclarecer de que modo o conceito de direito penal do inimigo pode ser útil, por indicar que determinados dispositivos só podem explicar-se a partir de finalidades inconfessadas e inconfessáveis. O conceito de direito penal do inimigo poderia abrir os caminhos

119. A teoria da impressão diz que o fundamento de punição da tentativa é que esta já gera uma impressão negativa entre os cidadãos, perturbando a vigência do ordenamento jurídico, e esta impressão tem de ser neutralizada por meio da pena (cf. os autores citados à nota anterior). Com isso, justifica-se também a punição de tentativas inidôneas, também chamados crimes impossíveis, salvo nos casos em que o fato seja animado por uma vontade supersticiosa (a chamada tentativa supersticiosa). Exemplo: atirar num cadáver com vontade de matá-lo já seria punível, enquanto fazer um despacho para que a sogra morra ficaria isento de pena, porque apenas na primeira hipótese teríamos um fato apto a perturbar o sentimento geral de segurança dos cidadãos.

120. Por ex., Michael *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin etc., 1997, p. 456 e ss.; *Bottke*, Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt, in: Roxin / Widmaier, 50 Jahre BGH-FS..., p. 135 e ss. (que, em face ao princípio da proteção de bens jurídicos, exige convincemente a isenção de pena de todas as tentativas inidôneas, pp. 139, 151, 153, 158); *Hirsch*, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, in: Schünemann et ali (eds.), Festschrift für Roxin, Berlin/New York, 2001, p. 711 e ss. (que não quer punir tentativas ex ante não perigosas, p. 720 e ss.). Também a proposta de Roxin, no sentido de determinar o fundamento de punição da tentativa não mais de modo unitário, mas sim diferenciadamente para a tentativa idônea e inidônea (*Roxin*, Strafrecht, vol. II..., § 29/11), leva ao final das contas a que se problematize a punibilidade da tentativa inidônea (§ 29/17). Mas Roxin acredita poder ainda assim fundamentá-la (§ 29/18 e ss.).

121. O problema fundamental da teoria da impressão nem é seu duvidoso arrimo empírico, tampouco sua imprecisão (neste sentido, porém, Hirsch, Untauglicher Versuch..., p. 715), mas sua relação de parentesco com a teoria da prevenção geral positiva (acertadamente quanto a isso, mas apenas quanto a isso, *Rath*, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, in: JuS 1998, p. 1006 e ss. [p. 1008]), isto é, com uma justificação da pena que considera permitido educar a população em geral através de coação. Nesta sede parece novamente impossível analisar com o devido cuidado a questão da legitimidade da prevenção geral positiva; remeto a meu trabalho mencionado à nota 95.

para uma espécie de auto-psicanálise da ciência do direito penal, iluminando seus aspectos obscuros e caçando motivações ilegítimas, mas ainda assim inconscientemente ativas. Hoje o conceito parece ser assim utilizado especialmente por *Muñoz Conde* e *Daniel Pastor*.

É claro que este terceiro conceito de direito penal parece ser o mais atraente; afinal, uma aguda autocrítica faz-se necessária em vários setores, e não apenas na dogmática da tentativa. Na ciência jurídico-penal, é ainda por demais sensível a tendência de, ao fim, dar de qualquer modo razão ao legislador ou à jurisprudência. Poder-se-ia, por ex., levar adiante as poucas, mas cada vez mais freqüentes críticas que se formulam ao indefinível bem jurídico da saúde pública no direito penal de tóxicos, perguntando para que outras finalidades não declaradas a criminalização do consumo de tóxicos serve. É de suspeitar-se que aqui o que interessa primariamente é a tabuização de formas de vida que fogem dos padrões a que se apega a maioria, noutras palavras, que se está instrumentalizando ilegitimamente o direito penal para finalidades moralistas – suspeita essa que é fortalecida pelo fato de que 2/3 dos cursos empregados pela persecução penal de tóxicos na Alemanha se dirigem contra pequenos consumidores ou traficantes.[122] E as ainda bem raras críticas à transação penal, pela evidente violação aos princípios do estado de direito que ela compreende,[123] poderiam muito bem ser complementadas pela pergunta quanto às finalidades não confessadas a que elas de qualquer modo servem. Talvez se descubra muito de não tão agradável, como p. ex. aquilo que disse um juiz da Baviera num seminário de direito penal na Universidade Ludwig Maximilians, de Munique: uma vez que, no dia-a-dia da justiça, quase inexistem absolvições, o juiz tampouco tem de se preocupar com a possibilidade de que o acusado seja de fato inocente.

122. Cf. *Paeffgen*, Betäubungsmittel-Strafrecht und Bundesgerichtshof, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre BGH-FS..., p. 695 e ss. (p. 712 e ss.)

123. Quanto a isso, fundamental, *Schünemann*, Absprachen im Strafverfahren?, Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentags, München, 1990, p. B 80 e ss.; ademais *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2ª edição, München, 1990, p. 172; *Geraldo Prado*, Elementos para uma análise crítica da transação penal, Rio de Janeiro, 2003, passim.

Estes exemplos, que seguramente não poderão contar com uma aceitação geral, por motivos de espaço tampouco poderão ser fundamentados tal como a rigor seria necessário. Peço ao leitor que me perdoe essa aparente leviandade, alegando que meu intuito com estes exemplos foi elucidar a possibilidade de dirigir críticas agudas a certos institutos do direito penal. Esta possibilidade só ficaria de todo clara se as críticas tivessem como objeto teorias majoritariamente aceitas: afinal, uma teoria que ninguém defende não precisa ser tão severamente denunciada.

Dois aspectos ficam, assim, claros. Primeiro, o conceito de direito penal do inimigo pode ser utilizado no sentido de denunciar criticamente certos institutos do direito penal. Segundo, uma severa autocrítica é algo de que a ciência do direito penal urgentemente necessita. O exato teor da pergunta que temos diante de nós é, portanto, o seguinte: *necessitamos do conceito crítico de direito penal do inimigo para a necessária autocrítica do direito penal?* Penso que não.

Isso porque o conceito crítico-denunciador do direito penal do inimigo apresenta uma sensível desvantagem: cumprir muito mais do que aquilo que promete. Ele não é apenas crítico, mas excessiva e exageradamente crítico. Ele vai tão longe em sua condenação, que se torna praticamente impossível prosseguir num debate sóbrio depois que alguém o utiliza. Aqueles cujos posicionamentos são atacados com esse conceito – concretamente, todos os autores que defendem a teoria da impressão, na tentativa – têm de compreender uma tal objeção não apenas como dirigida a suas idéias enquanto juristas, mas sim e principalmente a seu caráter enquanto seres humanos. Quem vê criminosos como inimigos, não os reconhece como pessoas, mas se alia ao autoritarismo e se torna seu porta-voz. Com isso, corre-se muito rapidamente o risco de institucionalizar um maniqueísmo, no qual alguns, os juristas bonzinhos, combatem os demais, seus colegas malvados, os juristas "terríveis".[124] Os primeiros vêem em si próprios combatentes da liberdade, nos outros pessoas vendidas ou, na melhor das hi-

124. Cf. o livro de *Ingo Müller*, Furchtbare Juristen ("Juristas terríveis"), München, 1989.

póteses, ingênuas. Os segundos, colocados na defensiva, vêem-se por sua vez diante da opção de ou recorrer a similares expedientes difamatórios, ou de simplesmente ignorar a crítica. O principal problema do conceito crítico do direito penal do inimigo é que ele escorrega inevitavelmente da opinião criticada para o caráter de quem opina, de modo *que ele dificilmente pode ser empregado, sem que com isso se formule um reproche pessoal e moral ao defensor de determinada opinião*. Uma tal atitude não parece de modo algum útil para uma discussão sóbria e objetiva.

Uma prova em favor do que se está dizendo é o fato de que o estudo que *Jakobs* escreveu em 1985, no qual o conceito de direito penal do inimigo é utilizado várias vezes de modo crítico, mal foi levado em conta. Para ficarmos com a dogmática da tentativa: a crítica à opinião dominante, que fora denunciada como direito penal do inimigo, permaneceu amplamente ignorada.[125] Apenas cerca de 15 anos depois escutam-se vozes que exigem uma similar limitação à punibilidade da tentativa inidônea.[126] Estas novas manifestações fundamentam-se agora não mais no conceito difamatório do direito penal do inimigo, mas noutros fundamentos. E por isso não pode surpreender que a opinião dominante aceite o desafio e dê início a uma discussão fecunda e sóbria.[127] Também nos dois exemplos de crítica denunciadora que acima apresentei – o questionamento dos fins ocultos do direito penal de tóxicos e da transação penal – não é preciso de modo algum mencionar o conceito de direito penal do inimigo.

De qualquer modo, pode-se responder que, em alguns casos, a única reação adequada é uma difamação apaixonada e decidida. Pense-se no enjaulamento de prisioneiros de guerra pelos EUA em Guantánamo; na guerra agressiva movida contra o Iraque, violadora de todos os pressupostos de direito internacional;

125. Uma exceção foi *Kindhäuser*, Gefährdung ..., p. 186 e ss.

126. Cf. as referências à nota 120.

127. P. ex., *Herzberg*, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, in: GA 2001, p. 257 e ss.

na pena de morte, ainda existente em muitos países; nas prisões preventivas intermináveis e nos prolongamentos de prazos prescricionais a que são submetidos suspeitos de envolvimento com crimes da ditadura militar, na Argentina, e que foram recentemente legitimadas mesmo pela corte constitucional;[128] na tortura de presos e de suspeitos pela polícia até mesmo em países de primeiro mundo, como a Alemanha;[129] nos esquadrões da morte, ativos em muitas cidades latino-americanas.[130] De fato: diante de tais fenômenos, não é possível exagerar nas críticas. Aqui, a única atitude correta é a de decidida e intransigente recusa. Mas para manifestar uma tal atitude, não se precisa do conceito de direito penal do inimigo. É necessário apenas explicitar que tais fenômenos desrespeitam os mais básicos e fundamentais limites a qualquer exercício legítimo do poder estatal. O conceito de direito penal do inimigo seria, na melhor das hipóteses, um *conceito intermediário dispensável*, uma etiqueta, que aponta para o desrespeito aos limites invioláveis acima mencionados, este, sim, decisivo. Chamar, num segundo momento, este desrespeito de direito penal do inimigo não implica de maneira alguma num ganho de precisão analítica ou de potência crítica.

Como última conclusão parcial pode-se afirmar que também o conceito denunciador-crítico de direito penal do inimigo deve ser recusado: primeiramente por sua dimensão excessivamente difamatória e emocional, em segundo lugar por sua dispensabilidade.

128. Algumas das decisões mais recentes podem ser acessadas em http://www.eldial.com.ar/suplementos/penal/doctri/pe041012-c.asp e http://www.eldial.com.ar/suplementos/penal/doctri/pe040520-c.asp (19.06.05).

129. Que inclusive encontrou defensores, por ex. *Brugger*, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, in: JZ 2000, p. 165 e ss. (p. 168 e ss.); contra, com razão, *Neuhaus*, Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar!, in: GA 2004, p. 521 e ss. (p. 533 e s.); *Saliger*, Absolutes im Strafprozess? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung, in: ZStW 116 (2004), p. 35 e ss. (p. 48).

130. Para mais exemplos, *Muñoz Conde*, Derecho penal del enemigo..., p. 10 e ss., 19 e ss. e *Aponte*, Krieg..., p. 196 e ss.

8. Conclusão

Com isso chegamos ao resultado de que o conceito de direito penal do inimigo não pode pretender um lugar na ciência do direito penal. Ele não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador-afirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, inimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário.

A discussão sobre o direito penal do inimigo está se mostrando demasiado emocional. Neste estudo, tentou-se, através de precisão analítica e de diferenciações conceituais, lidar racionalmente com um conceito sobremaneira irracional, porque carregado de emoções. Não se pode estranhar, portanto, que as distinções um tanto óbvias que aqui se realizam estejam sendo propostas tão tardiamente na discussão: o conceito de direito penal do inimigo não convida de modo algum à racionalidade. Mas lá onde se trata de punir – isto é, de impor coativamente sofrimento ou juízos de reproche pelo estado – mostra-se necessária mais do que nunca uma atitude de objetividade, de sobriedade, de racionalidade. Uma tal atitude não é de modo algum favorecida pelo direito penal do inimigo, em quaisquer de seus três significados. Se quisermos que a razão mantenha o seu lugar no direito penal, não resta nele lugar algum para o direito penal do inimigo.

Darfur: un paso más para el castigo de individuos responsables de crímenes internacionales

María José Cervell Hortal
Profesora de Derecho Internacional Público.
Universidad de Murcia (España).

Sumario: 1. Antecedentes: ¿qué ha ocurrido en Darfur? – 2. El informe de la comisión de Naciones unidas: 2.1 Crímenes de guerra; 2.2 Crímenes contra la humanidad; 2.3 ¿Por qué no genocidio? – 3. El Consejo de Seguridad y el Tribunal Penal Internacional – 4. Soluciones alternativas: 4.1 Tribunales internos de Sudán; 4.2 Tribunales de Estados terceros: jurisdicción universal; 4.3 Creación de Tribunales *ad hoc* o mixtos; 4.4 Comisión Internacional de Compensación; 4.5 ¿Olvidamos algo?: 4.5.1 La intervención humanitaria; 4.5.2 La responsabilidad de Sudán como Estado.

Resumen: La región de Darfur, al sureste de Sudán, ha sido testigo de una de las violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario más graves de los últimos tiempos, consecuencia del enfrentamiento entre las tribus de raza negra y árabe, éstas últimas apoyadas además por el Gobierno sudanés. Naciones Unidas decidió intervenir en la cuestión y nombró, en septiembre de 2004, una Comisión de Investigación para dilucidar el carácter de las violaciones que habían tenido lugar, concluyendo que en el territorio se había cometido, no genocidio, como en un principio pudiera pensarse, sino crímenes contra la humanidad y, en menor medida, crímenes de guerra. Sorprendentemente, por resolución 1531, de 31 de marzo de 2005, el Consejo de Seguridad optó por remitir

la cuestión al Tribunal Penal Internacional, por la vía del artículo 13 b) de su Estatuto, dando así un paso definitivo para castigar a los culpables de los delitos cometidos y consolidando una jurisdicción de cuyo éxito muchos han dudado.

Palabras-llaves: Darfur – Tribunal Penal Internacional – Genocidio – Crímenes de guerra – Crímenes contra la humanidad.

1. Antecedentes: ¿qué ha ocurrido en Darfur?

La región de Darfur, al sureste de Sudán, era una de tantas regiones olvidadas de África de las que nadie había oído hablar hace tan sólo unos meses. Ahora su nombre resuena por la gravedad de los crímenes internacionales allí cometidos y por una razón más: se trata del primer caso que, previsiblemente, juzgará el Tribunal Penal Internacional (TPI) a instancias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que decidía, por resolución 1593, de 31 de marzo de 2005, activar esta posibilidad en virtud del artículo 13 b) del *Estatuto del TPI*.

El conflicto en Darfur encuentra sus raíces profundas en la situación de inestabilidad que el Estado sudanés sufre desde 1956 (año de su independencia), manifestado en dos guerras civiles que lo han sumido en el caos y la pobreza. La segunda contienda, que durante cerca de dos décadas había enfrentado al Norte (Gobierno islamista) y al Sur (Ejército Popular de Liberación del Sur, de tendencia cristiana), se resolvía el 20 de julio de 2002 con la firma del *Protocolo de Machakos*,[1] culminando el proceso el 9 de enero de 2005 con la firma del *Acuerdo General de Paz*.[2]

1. Http://www.sudanembassy.org/asp/print.asp?ID=111

2. Puede consultarse en http://www.usip.org/library/pa/sudan/sudan_machakos07202002_toc.html. El Acuerdo comprendía todos los acuerdos firmados anteriormente, incluyendo los Protocolos de diciembre de 2004 de medidas de aplicación y de alto el fuego, y preveía un periodo de seis años de transición tras el cual se celebraría un referéndum de autodeterminación en el sur de Sudán. Se contemplaba, asimismo, la redacción de una Constitución provisional aplicable durante ese periodo de transición.

Darfur

La crisis de la región tiene orígenes distintos a la del país que la alberga. En Darfur los problemas no provienen de los enfrentamientos entre la población cristiana y musulmana, sino de los surgidos entre las distintas tribus que habitan la zona y que podrían agruparse en dos clases: las de raza negra africana, dedicadas al pastoreo y a la agricultura, y las árabes, con una forma de vida nómada. Ambas son musulmanas, de manera que en Darfur la contienda obedece más a la pertenencia a un grupo tribal y a la lucha por el control de los recursos naturales (las tribus nómadas han comenzado, movidas por la sequía de los últimos años, a invadir la tierra de los agricultores sedentarios) que de carácter religioso, por más que el Gobierno sudanés se empeñe en calificarla como meras rivalidades entre poblaciones enemistadas.

Los dos grupos rebeldes de Darfur, el SLM (Movimiento de Liberación de Sudán) y el JEM (Movimiento de Igualdad y Justicia) comenzaron a organizarse en 2001 y 2002, oponiéndose al Gobierno de Jartum, al que culpaban de la crisis y el olvido en el que la región vivía. Tras el ataque a principios de 2003 de instalaciones gubernamentales, el Gobierno inició una serie de bombardeos masivos en la zona y comenzó a apoyar logística y financieramente a la milicia árabe, los *Janjaweed*, reclutados entre las tribus locales. Desde entonces, los ataques entre las dos facciones no han cesado, pero han sido los *Janjaweed*, mejor armados y financiados (no en vano cuentan con el respaldo del Gobierno), los que han sembrado realmente el pánico entre la población.

El 8 de abril de 2004, el Gobierno y los dos grupos rebeldes aprobaron un alto el fuego (el denominado *Acuerdo de N'djamena*[3]) que, sin embargo, no puso fin a las matanzas, al flujo de refugiados ni a las masivas violaciones de derechos humanos por parte de las milicias *Janjaweed*. El 3 de julio de 2004, Naciones Unidas y el Gobierno sudanés firmaron un Comunicado Conjunto por el cual éste se comprometía a llevar a cabo acciones específicas en los siguiente

3. Puede consultarse en http://www.africa-union.org/DARFUR/Agreements/agreementHum.pdf

ámbitos: acceso humanitario, derechos humanos, seguridad y resolución política del conflicto. Ni este acuerdo, ni el envío por la Unión Africana de tropas ruandesas, encargadas de vigilar el alto el fuego, consiguieron detener las cifras de muertos, desplazados, secuestros y violaciones.[4]

El Secretario General, obedeciendo el mandato de la 1556 de 30 de julio de 2004 (párrs. 6 y 13-16), publicaba un Informe el 30 de agosto, en el que se afirmaba que el Gobierno no había cumplido en su totalidad la obligación de poner fin a los ataques contra la población civil y de asegurar su protección, recalcando que aquéllos seguían produciéndose y que la gran mayoría de las milicias ni había depuesto las armas ni se habían adoptado medidas para detener y procesar a ninguno de sus dirigentes.[5]

Pese a todo, los esfuerzos de pacificación no cesaron y el 9 de noviembre, el Gobierno y los dos grupos rebeldes principales firmaron en Abuja dos Protocolos al *Acuerdo de N'djamena* para intentar resolver la crisis, según los cuales se establecía una zona de exclusión aérea sobre las zonas bajo control rebelde y se garantizaba el acceso a la región de las agencias de ayuda humanitaria.[6]

Los acuerdos pronto se convirtieron en papel mojado y no a causa de los rebeldes, sino del propio Ejército sudanés, que al día siguiente de su firma ya violaba el primero de ellos, llevando a cabo ataques sobre las poblaciones de refugiados, sin importarle la presencia de observadores de Naciones Unidas y de la Unión Africana.

4. En octubre, la Organización Mundial de la Salud hablaba de 70.000 muertes desde marzo (http://www.un.org/News). Las informaciones que llegan de algunas ONG's eran todavía más cruentas (véase, por ejemplo, Informe del *Human Rights Watch: Empty promises?. Continuing abuses in Darfur*, Sudan, 11 de agosto de 2004, http://www.hrw.org/bacgrounder/africa/sudan/2004 o http://hrw.org/doc?t=africa&c=darfur). En marzo de 2005, Naciones Unidas estimaba que se habían producido unas 180.000 muertes en los 18 meses transcurridos desde el inicio del conflicto (http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/4349063.stm). El Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la situación en Darfur de 12 de abril de 2005 (doc. S/2005/240) hablaba de 2.450.000 personas afectadas por el conflicto (párr. 23).

5. Doc. S/2004/703, párr. 61.

6. Http://www.africa-union.org/DARFUR/homedar.htm#

El de Darfur, a la vista de las circunstancias, parece un ejemplo más de las incontables luchas internas y de carácter tribal que han salpicado el continente africano en los últimos años. Las violaciones de derechos humanos y atrocidades cometidas impunemente durante meses son un claro paradigma de casos en los que se debería reaccionar sin dilación. Las voces de alarma no escuchadas clamaron durante mucho tiempo, demasiado quizás, pero finalmente parece que el de Darfur pasará a la Historia como uno de los conflictos en los que la Comunidad Internacional logró ponerse de acuerdo para castigar a los responsables y, lo que es más importante, en el primer caso que el Consejo de Seguridad, *motu proprio*, llevó ante el Tribunal Penal Internacional.

2. El informe de la comisión de Naciones Unidas

La resolución 1565 (2004), de 18 de septiembre, del Consejo de Seguridad contemplaba el nombramiento de una Comisión con el objetivo de investigar de inmediatos "todas las denuncias y transgresiones del Derecho Internacional Humanitario y las normas de derechos humanos cometidas en Darfur por las partes" (párr. 12) y constatar si, efectivamente y tal y como afirmaban algunas instancias, se había producido genocidio.[7]

A finales de septiembre, el asesor especial del Secretario General para la prevención del genocidio visitó el país, afirmando que resultaba claro que el Gobierno no estaba haciendo mucho para impedir los ataques ni para juzgar a sus protagonistas.[8] A finales de octubre se reunía la mencionada Comisión, fijándose cuatro objetivos principales: 1) investigar los Informes de violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario en Darfur;

7. Estados Unidos, sin ir más lejos, así lo consideró en un primer momento y lo mismo puede deducirse de los Informes de Amnistía Internacional o de Human Rights Watch.

8. Http://www.un.org/News

2) determinar si se había cometido genocidio; 3) identificar a los autores y 4) sugerir medidas para castigar las conductas perpetradas.[9]

La Comisión visitó la zona en noviembre de 2004 y enero de 2005, enviando su Informe al Secretario General de las Naciones Unidas a finales de ese mes. En él se da cuenta de la situación vivida en esta región sudanesa, sus orígenes, los crímenes que según la Comisión se cometieron y se proponen determinadas soluciones (remedios, más bien), entre los que figuraba como favorita la que finalmente adoptó: la remisión de la cuestión al Tribunal Penal Internacional, para que fuera este órgano el que se encargara de juzgar y condenar a los culpables.

En concreto, la Comisión de Investigación concluyó que el Gobierno de Sudán y las milicias *Janjaweed* son responsables de violaciones de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario (párr. 630 del Informe). Los delitos que, en concreto y según su opinión, se cometieron fueron crímenes de guerra (en la minoría de casos) y, sobre todo, crímenes contra la humanidad. Sin embargo, consideró que no se habían cometido actos de genocidio, en contra de lo que parecía en un principio, por las razones que abordaremos en el apartado correspondiente.

No abordaremos en este trabajo un estudio detallado de cada uno de los tipos que a continuación incluimos, entendiendo que desborda su objetivo y que merecerían, en su caso, una extensión mayor. Por esta razón, nos limitaremos a señalar algunas cuestiones puntuales o problemas que se han visto reflejados en el caso objeto de análisis.

2.1 Crímenes de guerra

La primera duda que surgiría para determinar la existencia de tales crímenes sería ver si realmente nos encontramos ante un conflicto armado y de qué tipo. El

9. Sobre todo, aquéllas que tuvieron lugar entre febrero de 2003 y enero de 2005. *International Commission of Inquiry on Darfur, Report to the Secretary-General* (http://www.ohchr.org/english/docs/darfurreport.doc).

de Darfur puede ser calificado sin género de dudas como un conflicto armado de carácter no internacional y es que, aun siendo cierto que la mayoría de atrocidades (como comprobaremos después) han venido de la mano del propio Gobierno o sus "aliados" (los *Janjaweed*), también han tenido como autores los dos grupos rebeldes (el SLM y el JEM). La definición de conflictos armados no internacionales del *Protocolo Adicional II* de 1977 a las *Convenciones de Ginebra* de 1949 (art. 1) así lo respalda, de manera que los acontecimientos de Darfur serían susceptibles de calificarse como crímenes de guerra.[10] Incluso si Sudán no hubiese ratificado el Protocolo Adicional II (de hecho, esa es la realidad), nadie duda de que existen principios de carácter consuetudinario relativos a la protección de la población civil que se aplican en cualquier circunstancia, conflicto armado internacional o no, y, de hecho, la posibilidad de perseguir una violación del Derecho Internacional Humanitario en un conflicto armado no internacional, aunque reciente, ha logrado hacerse hueco en el ordenamiento jurídico internacional.[11]

Por si alguna duda quedara al respecto, el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional* ha terminado de reafirmar la teoría, considerando crímenes de guerra determinados actos perpetrados en conflictos armados no internacionales

10. *Vid.*, por ejemplo, SUÁREZ LEÓN, D.: "Los conflictos armados internos", *Derecho Internacional Humanitario,* Tirant Monografías, Valencia, 2002, pp. 453-473) y MOMTAZ, D.: "Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux", *Recueil des Cours*, 2001, vol. 292, pp. 9-146 (en concreto, pp. 47-54).

11. El Tribunal para la ex-Yugoslavia, caso Tadic (Appeals Chamber, Decision on the defence motion for interlocutory Appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párrs. 77-83) no pudo condenar por violación de las Convenciones de Ginebra si la situación no era conflicto internacional, a causa del artículo 2 de su Estatuto, con lo que optó por basarse en el Derecho Internacional consuetudinario. Ciertamente, lo que es criminal entre Estados no puede dejar de serlo en un conflicto armado no internacional (Prosecutor v. Tadic, IT-94-1 AR 72, Appeals Chamber, 2 October 1995, párr. 119). El Tribunal de Ruanda ya sí recogió expresamente las violaciones del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II como crímenes bajo su jurisdicción. Sobre la evolución de la criminalización de las conductas acaecidas en conflictos armados no internacionales, MOMTAZ, D.: "Le droit international...", *óp. cit.*, pp. 119-132.

(art. 8.2.c).[12] Es más, el apartado f) del art. 8.2 expresamente recoge que el castigo de determinadas actuaciones (las del art. 8.2.e) se aplican "a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos".

Los crímenes de guerra[13] que, según la Comisión de Naciones Unidas encargada del asunto, se han cometido en Darfur, son los siguientes:

– Ataques a civiles y destrucción y quema de poblados llevados a cabo por las fuerzas gubernamentales y las milicias bajo su control. Aunque puede que en tales poblados la existencia de rebeldes fuera probable, lo cierto es que no se tomaron las medidas adecuadas para evitar que los civiles fueran víctimas de los ataques que, además, tal y como se desarrollaron, parecían tener la intención de provocar el pánico entre la población y obligarla a abandonar sus casas (párr. 631 del Informe).

– Los objetivos civiles fueron en la gran mayoría de casos los puntos de mira principales del Gobierno y los Janjaweed (párr. 632)

– Casi dos millones de personas han sido forzadas a abandonar sus hogares y buscar protección en campos de refugiados (párr. 636).

2.2 Crímenes contra la humanidad

Ha sido esta figura la que, según la Comisión de Investigación se ha producido a mayor escala en Darfur, a la vista de los hechos narrados por testigos

12. Y recordemos que, aunque Sudán no es Parte (cuestión que se tratará más detalladamente en un apartado posterior) sí firmó el Estatuto, con lo que de acuerdo con el *Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados* de 1969 (art. 18) se ha comprometido a no realizar actos en virtud de los cuales se frustre su objeto y fin. Como afirma F. PIGNATELLI MECA ("La Corte Penal Internacional", *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant Monografías, 225, Valencia, 2002, pp. 531-560; en concreto, p. 545), se trata éste de un "importante paso en el reconocimiento de la necesidad de romper definitivamente con una diferencia legal sin fundamento entre los conflictos armados internos e internacionales".

13. Sobre crímenes de guerra, *vid.* BOTHE, M.: "War Crimes", *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, vol. I, ed. por A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 379-426.

y víctimas. En concreto, la Comisión entendió que tres habían sido las modalidades de crímenes contra la humanidad cometidas:

– Asesinatos (párr. 633).

– Violaciones y otras formas de violencia sexual (párr. 634).

– Tortura y tratos inhumanos y degradantes (párr. 635).

Los tres tipos de actuaciones se llevaron a cabo de manera *generalizada* y *sistemática* contra la población civil y *con conocimiento*,[14] elementos que los diferencian de los crímenes de guerra y requisitos exigido por el artículo 7.1 del *Estatuto del TPI* para poder hablar de crímenes contra la humanidad.

Estas exigencias fueron, de hecho, ya fijados por la *Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg*, anexa al *Acuerdo de Londres* de 8 de agosto de 1945, aunque el *Estatuto del TPI* va más allá, porque ni siquiera exige, a diferencia de aquélla, la existencia de un conflicto armado. Es más, su artículo 7.2.e establece una definición de tortura más amplia que la elaborada hasta esa fecha vía consuetudinaria: tradicionalmente, para ser considerada crimen contra la humanidad exigía la implicación de algún agente oficial; sin embargo, según el Estatuto, puede ser incluso ser llevada a cabo por civiles, lo que, obviamente, en el caso de Darfur (sobre todo, en los supuestos en los que los responsables sean los *Janjaweed*), resulta altamente pertinente.[15]

El Estatuto incluye, además, una cláusula abierta que permite el castigo de conductas varias, cuando se refiere a *otros actos inhumanos* (7.1.k), similares a los que aparecen en el artículo 7.1.a)-j), que causen gran sufrimiento o daño serio mental o corporal.[16]

14. *Vid*, por ejemplo, ROBINSON, D.: "Defining crimes against Humanity at the Rome Conference, *American Journal of International Law*, vol. 93, 1 1999, pp. 43-56; CAPELLÁ I ROIG, M.: *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant, Valencia, 2005 (pp. 174-204 respecto de la tipificación por el Estatuto del TPI), CASSESE, A.: "Crimes against Humanity", *The Rome Statute..., óp. cit.*, pp. 353-378 y MERON, T.: "International law in the age of human rights", *Recueil des Cours*, 2003, vol. 301, pp. 9-490 (pp. 116-121).

15. CASSESE, A.: "Crimes...", *óp. cit.*, pp. 374-375.

16. La violación (art. 7.1.g), pero también otras formas de violencia sexual son castigadas por el Estatuto.

2.3 ¿Por qué no genocidio?

La calificación como genocidio de los hechos acaecidos en Darfur parecía ser, a primera vista, la que más claramente encajaba en el supuesto. La situación fue, de hecho, como ya afirmamos, así calificada por el Secretario de Estado norteamericano, Colin Powell.[17] Sin embargo, la Comisión de Naciones Unidas encargada de dilucidar si, efectivamente, tal genocidio había tenido lugar fue clara al respecto: el Gobierno de Sudán no había desarrollado una política de genocidio (párr. 640 del Informe), aun reconociendo que en algunos casos los actores (oficiales del Gobierno incluidos) sí podían haber cometido actos con esta intención, lo que únicamente podría dilucidarse haciendo un estudio caso por caso (párr. 641).

La *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* de 1948 recoge los elementos que han de darse para poder hablar de esta figura (repetidos luego en el artículo 6 del *Estatuto del TPI*): el elemento objetivo (matanza de miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del propio grupo o traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo) y el elemento subjetivo (intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso).[18]

En Darfur los ataques parecieron centrarse en las denominadas tribus de raza negra (los árabes, aparentemente, se identifican más con el Gobierno, aunque ni siquiera es así en todos los casos), con lo que la cuestión pendiente sería dirimir si en la prohibición de genocidio se incluirían los grupos *tribales*: ¿son grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos?. Si tenemos en cuenta que "tribu" suele

17. Http://www.abc.es (16 de septiembre de 2004.

18. Sobre la figura del genocidio y su definición, CASSESE, A."Genocide", *The Rome..., óp. cit.*, pp. 335-351 (sobre todo, p. 338). Sobre las aportaciones jurisprudenciales al respecto, pp. 340-349. También, SHAW, M. N., "Genocide and International Law", *Essays in honour of S. Rosenne,* 1989, pp. 797 y ss.

referirse más bien a grupos sociales con un mismo origen o con un antecesor común, parece que no encajaría ni en grupo nacional, ni étnico, ni racial ni religioso,[19] a menos que en ese grupo tribal se encontraran, además, lazos de las cuatro naturalezas mencionadas. Los miembros de las tribus objeto de ataque, según la Comisión (párr. 508) no pertenecían a grupos *étnicos* diferentes de aquellos de quienes les atacaban. Hablaban el mismo lenguaje (árabe) y tenían la misma religión (musulmana). Aparentemente, la única diferencia notable entre ellos era su forma de vida, nómada o sedentaria. En realidad, las diferencias entre las tribus se han basado en Darfur en su apoyo a los rebeldes (a las que se llamó tribus negras) o al Gobierno (tribus árabes). Es más, ni todas las tribus negras apoyan a los rebeldes ni todas las árabes al Gobierno.

De acuerdo con este razonamiento, el elemento subjetivo parece, en este caso, ausente, si bien la conclusión de la Comisión puede ser, en mi opinión, un tanto matizada. Es cierto que la definición del genocidio, en principio, debe ajustarse a lo recogido en la Convención de 1948 (y en el Estatuto del TPI), pero no lo es menos que determinadas aportaciones jurisprudenciales han contribuido a *retocarla*. Destacan especialmente, al menos, para nuestro caso, las del Tribunal Penal para Ruanda,[20] cuya Sala de Primera Instancia consideró que el genocidio sólo se refiere a grupos estables, cuya pertenencia al mismo viene determinada por el nacimiento.[21] Es decir, los grupos protegidos contra el genocidio no deberían limitarse a los cuatro que contempla la Convención, sino que deberían incluir "cualquier grupo permanente y estable".[22] Es más, la Sala consideró (en contra de la aparente intención de la Convención) que el genocidio podría incluso cometerse contra uno sólo de los miembros de un grupo.[23] Incluso la Comisión de Derecho Internacional, en su

19. La Comisión así lo admite (párr. 496).
20. *Vid.* CASSESE, A.: "Genocide", *The Rome...*, *óp. cit.*, p. 345.
21. Prosecutor v. Akayesu, ICTR, Judgement of 2 September 1998, CITR-96-4-T, párr. 511.
22. *Íd.*, párr. 516.
23. *Íd.* párr. 521.

Informe sobre el borrador de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad,* estableció que el texto incluía los actos prohibidos cuando se llevaran a cabo contra miembros de un grupo tribal.[24] De acuerdo con todo lo señalado, el elemento subjetivo se habría cumplido en Darfur (así lo aceptó la Comisión, párrs. 510-512, al afirmar que "it may be considered that the tribes who were victims of attacks and killings subjectively make up a protected group").[25]

Salvado el primer escollo (si las tribus pueden considerarse incluidas o no en la definición de genocidio), el problema surgiría, pues, en lo relativo a la *intención especial* de destruir el grupo.[26] La Comisión estimó (párr. 513) que en Darfur no se dio este elemento, tal y como prueba el hecho de que muchas veces se ejecutara sólo a aquellos que figuraban en un listado en poder de las milicias atacantes. En los ataques a los poblados no se eliminaba a todos sus habitantes, sino sólo a algunos de ellos, en concreto, a los considerados rebeldes e incluso, a veces, simplemente se les obligaba a abandonar sus hogares o fueron llevados a campos en los que en ningún momento se planteó la posibilidad de proceder a su exterminio (de hecho, el Gobierno permitió la ayuda humanitaria, según el párr. 515 del Informe). Determinados poblados de composición mixta (tribus africanas y árabes) ni siquiera fueron objeto de persecución. Ahora bien, la Comisión concluye que, aunque esto es aplicable a la mayoría de casos, no obsta para que, en casos "aislados" sí pueda hablarse de genocidio (párr. 520).[27]

24. *International Law Commission Report*, 1996, párr. 9 del comentario al artículo 17.

25. Párr. 512. Como la propia Comisión señala (párr. 492), la intención de destruir parcialmente un grupo puede incluir "un número considerable de individuos" o una parte sustancial y no una "parte muy importante" (*vid.* Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana, ICTR-95-1-T, Judgement, 21 May 1999, párr. 97, Prosecutor v. Jelisic, ICTY Trial Chamber, 14 December 1999, párr. 82 y Prosecutor v. Semanza, ICTR-97-28T, Judgement, 15 May 2003, párr. 316).

26. Para el Tribunal de Ruanda, *special intent* se define como "the specific intention, required as a constitutive element of the crime, which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act charged (Prosecutor v. Akayesu, ICTR, Judgement 2 September 1998, ICTR-96-4-T, párr. 498)

27. Conclusión que sería además acorde con la línea analizada y establecida por el Tribunal para Ruanda y confirmada en los Elementos del Crimen del Estatuto del TPI (una o más personas pueden ser víctimas de genocidio, doc. PCNICC/2000/1/Add.2, art. 6, 1, elemento 1).

Todas estas razones llevaron a la Comisión a concluir que lo que había tenido lugar en Darfur no podía considerarse genocidio, sino crímenes contra la humanidad (párr. 519), dejando claro, asimismo, ante la opinión generalizada (y errónea) de que son "crímenes menores", que calificar los hechos de esta manera no equivalía en absoluto a rebajarlos a una categoría inferior.[28]

3. El Consejo de Seguridad y el Tribunal Penal Internacional

El Consejo de Seguridad se ha mostrado interesado en el conflicto desde que su gravedad se hizo patente. Las medidas adoptadas al respecto han ido *in crescendo,* desde las tímidas primeras resoluciones que recomendaban al Gobierno sudanés pacificar la zona[29] a las más duras que contemplaban ya una serie de sanciones concretas. Una vez que, por el veto de China, se desechó la intervención humanitaria en Darfur, el Consejo de Seguridad optó por una línea de acción diferente: enjuiciar a los responsables directos de las atrocidades cometidas.

Pese a los numerosos acuerdos, protocolos y memorandos suscritos, que fueron acogidos con la esperanza de que consolidarían la paz en Darfur, las noticias del desastre humanitario seguían salpicando los periódicos y, finalmente, la resolución 1591, de 29 de marzo de 2005, imponía sanciones de mayor calibre, como la congelación de los fondos, activos financieros y

28. En contra de lo sostenido en algún caso, luego criticado, como en el asunto Kayishema y Ruzindana en el que la Corte de Apelación entendió que la Sala de Primera Instancia había errado calificando al genocidio como el "crimen de los crímenes", ya que no existe tal graduación jerárquica (párr. 367 del Informe) en el *Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda.*

29. Por ejemplo, resolución 1547, de 11 de junio de 2004, que establecía una misión política en la zona y resolución 1556, de 30 de julio de 2004, que calificaba la situación en Darfur como una amenaza para la paz y seguridad internacionales y, bajo el capítulo VII de la *Carta de las Naciones Unidas*, instaba al Gobierno a facilitar la ayuda internacional humanitaria necesaria, a promover la investigación de las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario cometidas y a facilitar las conversaciones de paz y el alto el fuego; más en concreto, se exigía el desarme de las milicias *Janjaweed* y que los Estados adoptaran "las medidas necesarias para impedir la venta o el suministro, a todas las entidades no gubernamentales y los particulares (...) de armas y pertrechos conexos de todo tipo" (párr. 7).

recursos económicos que se encontraran en territorio de los Estados de Naciones Unidas y que pertenecieran a las personas designadas previamente por un Comité nombrado a tal efecto (párr. 3).[30] Dos días más tarde (resolución 1593, 31 de marzo de 2005), el Consejo de Seguridad decidía, finalmente, remitir la cuestión de los posibles responsables de crímenes internacionales en Darfur al Tribunal Penal Internacional, con once votos a favor, ninguno en contra y las abstenciones de Estados Unidos, Argelia, Brasil y China. La reacción sudanesa no se hizo esperar, calificando el hecho de intervención indiscriminada en los asuntos de un país[31] y reavivando viejas rencillas con Estados Unidos. A la vista de la respuesta, es poco probable que Sudán cumpla con otra de las obligaciones que la resolución 1593 recogía: la cooperación plena del Gobierno con la Corte y el Fiscal.[32] Es más, el 8 de abril de 2005, Naciones Unidas constataba, nuevamente, el ataque a un poblado en la zona de Darfur por parte de las milicias.

La decisión del Consejo de Seguridad de activar la jurisdicción del TPI y permitir así el castigo de nacionales de un Estado no parte se convertía así en la primera ocasión en que se hacía uso de lo establecido en el artículo 13.b) del Estatuto. La Comisión de Investigación alegó en su Informe seis razones (párr. 648) por las que creía que el recurso al TPI era la mejor solución:

1. El Tribunal se estableció con vistas a aquellos crímenes que amenazaran la paz y la seguridad. Esa es, según la Comisión, la razón principal por la que se confirió al Consejo de Seguridad la posibilidad de activar la jurisdicción de la Corte. Los crímenes de Darfur tienen sin duda un efecto sobre la paz y la seguridad internacionales y el propio Consejo de Seguridad así lo calificó expresamente (no

30. Se excluían, como viene siendo habitual en los últimos tiempos, aquellos activos o recursos necesarios para gastos básicos (alimentos, medicinas,....).

31. Http://www.diariosigloxxi.com, 1 de abril de 2005.

32. Sudán ya ha anunciado que no entregará a sus ciudadanos al Tribunal (http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/4411497.stm).

en vano, es el órgano que debe hacerlo).[33] De hecho, esa había sido su postura desde las primeras resoluciones sobre la cuestión.[34]

2. La investigación y procesamiento en Sudán de individuos que ejercen una situación de autoridad y prestigio es imposible o difícil. Sólo el Tribunal de La Haya aseguraría un juicio justo e imparcial.

3. Únicamente el Tribunal Penal Internacional, respaldado por el Consejo de Seguridad, puede impulsar que las autoridades gubernamentales y los dirigentes de los rebeldes se sometan a un procedimiento penal.

4. La imparcialidad del Tribunal, de composición internacional y con reglas claras de procedimiento y prueba, no ofrece dudas.

5. El procedimiento podría activarse de inmediato, sin los retrasos que otras vías (como tribunales *ad hoc* o mixtos) causarían.

6. Las cargas financieras que se originarían no serían demasiado pesadas para los Estados.

Si la decisión de la Comisión ya resultaba, al mismo tiempo, sorprendente y bienvenida, aún más lo fue el hecho de que el Consejo de Seguridad acatara sus dictados y que por resolución 1593 decidiera remitir la situación al Fiscal de la Corte, acogiéndose además al paraguas del capítulo VII de la Carta.[35]

Tras la aprobación y entrada en vigor del texto del *Estatuto del TPI* muchos eran (*éramos*, de hecho) los que dudaban que alguna vez se pusiera en marcha esta

33. La Comisión, sin embargo, omite en su Informe el adjetivo "internacional" cuando habla de paz y seguridad. Ciertamente, se trata de un conflicto interno pero, ¿por qué no empleó tal lenguaje?. ¿Acaso no ha quedado sobradamente demostrado que las violaciones sistemáticas de derechos humanos son cuestiones que a la larga atañen a toda la sociedad internacional, sin importar si traspasan o no fronteras?.

34. *Vid. ad ex.* resolución 1556, de 30 de julio de 2004, resolución 1564, de 18 de septiembre de 2004, resolución 1574 de 19 de noviembre de 2004 y resolución 1591 de 29 de marzo de 2005.

35. En la lista de acusados elaborada por la Comisión de Investigación y entregada el 7 de abril de 2005 al Fiscal Luis Moreno-Ocampo figuran 51 acusados (http://www.icc-cpi.int/pressreleases/101.htm). La lista no es vinculante, con lo que el Fiscal podría incluir o eliminar nombres. Asimismo, en manos de la Fiscalía se encuentran ya todos los documentos y la información recopilada por la Comisión.

posibilidad. La razón era obvia y sobradamente conocida: el derecho de veto en el Consejo de Seguridad era una amenaza latente, que impediría casi con toda seguridad avanzar en este sentido, pudiendo provenir, según el caso, de cualquiera de los miembros permanentes que tuviera algún interés en no llevar la cuestión al TPI pero, casi con toda seguridad, el principal problema sería Estados Unidos y su conocida actitud hostil a esta institución.[36]

De hecho, antes del dictamen de la Comisión yo misma me había aventurado a sugerir la posibilidad de recurrir al TPI, pero desechándola de inmediato,[37] a sabiendas de su dificultada, sobre todo en un caso con las características del de Darfur, que ya había puesto de manifiesto la disparidad de opiniones en el seno del Consejo. En efecto, la primera opción que se barajó como reacción a los hechos en Sudán fue la más lógica y rápida (lo analizaremos posteriormente): la intervención armada, previo respaldo del Consejo y en aras de la salvaguarda de los principios básicos del respeto de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Estados Unidos, ciertamente, se ha implicado en el tema, aunque no hasta sus últimas consecuencias. Pedir mucho era que con su actitud favorable (en realidad, abstención) pudiera entenderse que, finalmente, veía el Tribunal con otros ojos, así que no tardó en cubrirse las espaldas logrando, a cambio de no ejercer su veto, el compromiso de que ninguno de los estadounidenses que trabajan en Sudán serán entregados al TPI.[38]

36. *Vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: "La Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 3-63 y LEIGH; M.: "The United States and the Statute of Rome", *American Journal of International Law*, vol. 95, 1, 2001, pp. 124-131. También, SCHEFFER, D.J.: "The United States and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, 1, pp. 12-22 (13-14) y BROOMHALL, B: *International Justice and the International Criminal Court: between sovereignty and the rule of law*, Oxford University Press, 2003, Oxford, pp. 163-184.

37. Al respecto, CERVELL HORTAL, M. J.: "Darfur, otra crisis olvidada", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, 1, en prensa.

38. De hecho, la opción que Estados Unidos prefería era la creación de un tribunal en Tanzania, similar al existente en Ruanda (http://www.elmundo.es, 8 de marzo de 2005).

Es el artículo 13 b) del Estatuto el que otorga competencia a este órgano de las Naciones Unidas para remitir al Fiscal una situación en la que hayan podido cometerse alguno de los crímenes bajo la jurisdicción de la Corte.[39] Darfur no ha ratificado el Estatuto, con lo que iniciar el procedimiento por la vía "usual" (vínculo de la nacionalidad del autor o comisión del delito en un Estado Parte) hubiera resultado imposible. La única alternativa viable era, precisamente, el artículo 13. b), en tanto en cuanto, y en atención al artículo 12.2, en este supuesto no se exige tal vínculo.[40] Aparte de estas disposiciones, el *Estatuto de la CPI* no establece disposición alguna adicional detallando la forma o los requisitos por los cuales el Consejo puede iniciar esta posibilidad con lo que, como L. Condorelli y S. Villalpando han señalado, lo lógico será deducirlo de una interpretación conjunta del Estatuto y de la *Carta de las Naciones Unidas*,[41] pudiendo así extraer dos condiciones previas:

i) El artículo 13 b) exige que se actúe en el marco del capítulo VII de la Carta (*Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión*). Por su parte, el artículo 39 de la *Carta de las Naciones Unidas* establece que es el Consejo de Seguridad el órgano que debe determinar si una actuación

39. Sobre este tema, en general, ESCUDERO ESPINOSA, F.: *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la justicia*, Dilex, 2004, (sobre todo, pp. 139-162). Sobre la actuación del Fiscal, OLÁSOLO, H.: *La Corte Penal Internacional: ¿dónde investigar?. Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de actuación*, Tirant, Valencia, 2003 (en concreto, pp. 481-509).

40. Esta posibilidad fue bastante discutida en los trabajos preparatorios, pese a que finalmente logró imponerse. No en vano, su inclusión implica que las disposiciones del Estatuto podrían afectar incluso a Estados que no lo han ratificado, lo que no deja de resultar discutible para algunos. Incluso se ha llegado a entender esta prerrogativa del Consejo de Seguridad (sin consentimiento de los Estados no partes) como una prueba indirecta de la consolidación de la jurisdicción universal en crímenes de genocidio, guerra y contra la humanidad. Así lo hizo la delegación alemana en las discusiones de la Comisión Preparatoria del Estatuto (doc. A/AC.249/1998/DP.2, 23 de marzo de 1998). Alemania afirmaba que, si un Estado puede ejercer la jurisdicción universal en estos crímenes, ¿por qué no habría de hacerlo el Tribunal Penal Internacional?.

41. CONDORELLI, L. y VILLALPANDO, S.: "Referral and deferral by the Security Council", *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, vol. I, ed. por A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 627-655 (p. 629).

es una amenaza o violación de la paz y seguridad internacionales y el Preámbulo *del Estatuto del TPI*, por otro lado, considera que los crímenes que contempla son una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Es decir, a la luz de estos artículos, parece que el requisito previo para reenviar la cuestión al TPI es calificar la situación como una amenaza para la paz y seguridad internacionales, exigencia por lo demás debidamente cumplida en la resolución 1593.

ii) El artículo 13 b) alude también expresamente a una "situación", entendiendo por tanto que no cabría la actuación del órgano de las Naciones Unidas en casos aislados o individuales.[42] El segundo requisito, al igual que el primero, está presente el caso que nos atañe, pues el conflicto afecta a toda una región (e, indirectamente, al Estado) y a un considerable número de personas.

El asunto se encuentra actualmente en manos del Fiscal que, al haberle sido remitido por el Consejo de Seguridad, queda libre de la obligación de notificar el inicio de la investigación al resto de Estados Partes (lo habitual en otros supuestos), de acuerdo con el artículo 19. Podría pensarse que se ha obviado así el principio de complementariedad (el TPI sólo actúa cuando un Estado con jurisdicción no lo hagan), al no dar oportunidad a otros Estados de iniciar, por desconocimiento, el proceso. Ahora bien, en realidad, las actuaciones del Consejo de Seguridad son públicas y, por tanto, fácilmente conocidas por los Estados; *ítem* más, el principio de complementariedad parece que pierde su sentido cuando se trata de una situación que el Consejo de Seguridad traslada al TPI, puesto que en la mayoría de casos se tratará (y Darfur es un claro ejemplo), de hechos en los que ha quedado demostrada la poca voluntad del Estado en cuestión (Sudán) de juzgar a los responsables.

42. *Íd.*, pp. 632-633. Con todo, los autores entienden que en determinados casos, la impunidad de ciertos individuos sí podría ser una amenaza para la paz y seguridad internacionales (p. 633).

4. Soluciones alternativas

¿Era el recurso al TPI la única vía de salida al Conflicto de Darfur?. ¿No ofrece el Derecho Internacional otras vías para enfrentarse a situaciones de este tipo?. Puede que sí, y a ello dedicaremos las páginas siguientes, pero la Comisión (y el propio Consejo de Seguridad), a tenor de sus actuaciones, parecieron entender que era la más idónea. De hecho, en su Informe barajó otras (párrs. 565 y ss.), que finalmente desechó y que analizaremos a continuación junto con otras que, según nuestro parecer, podrían haber concurrido.

4.1 Tribunales internos de Sudán

Juzgar a los presuntos culpables de las violaciones de derechos cometidas en Darfur ante tribunales sudaneses hubiera sido la solución lógica y, sin duda, la más rápida, pero también la menos fiable y efectiva, teniendo en cuenta que el Gobierno sudanés aparece claramente implicado en los acontecimientos, que la independencia judicial no es fiable y que, hasta la fecha, nada se hizo, pese a los reiterados llamamientos que el Consejo de Seguridad hizo al respecto (tal y como analizamos en el apartado correspondiente). No es, sin embargo, el de Darfur un caso aislado pues la experiencia ha demostrado que los crímenes internacionales suelen ser cometidos por agentes que pertenecen al aparato estatal, siendo su impunidad la nota habitual. De hecho, como es sabido, fue ésta una de las causas de peso que llevaron a la Comunidad Internacional a establecer una Corte Penal Internacional,[43] pero el ejercicio de la jurisdicción interna no deja de ser la opción preferible y óptima. Esa es, de hecho, la filosofía de la propia Corte, que ha erigido el principio de complementariedad en uno de sus pilares supremos (art. 1 del Estatuto: la Corte "tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales").

43. *Vid.* al respecto, PUEYO LOSA; J.: "Derechos Humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia", *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 83, enero-junio de 2004, pp. 11- 58 (pp. 18-19).

Ahora bien, teoría y práctica no van siempre de la mano y, desafortunadamente, perviven los casos en los que los tribunales internos de un Estado no están dispuestos –o no pueden-, por consideraciones de tipo diverso y no siempre justificables, hacerse cargo de la cuestión.[44]

La reticencia de las instancias judiciales sudanesas a juzgar la cuestión, señalada por integrantes de ONG's, de Naciones Unidas, por la propia Comisión de Investigación e, incluso, deducible de las reacciones airadas del Gobierno sudanés cada vez que se sacaba el asunto a la luz, resulta aún más criticable si consideramos que supone un incumplimiento de los diversos acuerdos de paz firmados.[45]

Abandonarse en la esperanza de que el Gobierno sudanés cambiara algún día de actitud y tomara cartas en el asunto parecía un ejercicio de irresponsabilidad que la Comunidad Internacional no podía (no debía) afrontar. Sudán corría el riesgo de convertirse en una nueva Ruanda, sacando del fondo del cajón recuerdos dolorosos y vergonzantes para la gran mayoría de Estados. La diferencia, algo más de diez años después, es que una reacción tardía y lenta resultaría injustificable, al contarse con las experiencias previamente vividas y, sobre todo, con recursos que en el caso citado (y en Yugoslavia, Somalia, y tantos otros...) no existían (el Tribunal Penal Internacional).

4.2 Tribunales de Estados terceros: jurisdicción universal

Para que un Estado pueda ejercer su jurisdicción sobre una persona acusada de cometer un determinado delito, tradicionalmente se ha exigido algún tipo de

44. El propio Estatuto es consciente cuando contempla como causa de inadmisibilidad de un asunto el que éste sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por el Estado que tenga jurisdicción sobre él "salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo" (art. 17.a)

45. El *Protocolo de Abuja sobre la mejora de la situación humanitaria*, de 9 de noviembre de 2004, subraya la importancia de restablecer el estado de derecho, lo que incluía la investigación de todos los casos de violaciones de derechos humanos y juzgar a los presuntos responsables (Preámbulo, párr. 7 y art. 2.8).

vínculo: que los hechos hubieran acaecido en el territorio del Estado en cuestión y/o que el presunto culpable o la víctima fueran nacionales del mismo.

Ante la ausencia de alguno de estos vínculos, el Estado tiene la posibilidad de ejercer su jurisdicción en un caso concreto: cuando se trate de crímenes internacionales, en el entendimiento de que se trata de conductas que dañan a la Comunidad Internacional en su conjunto y lesionan valores esenciales de la humanidad.[46]

Respecto de los tipos penales que se someten al ejercicio de esta jurisdicción, parece aceptada la inclusión de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, el genocidio y aquellos otros que así se prevén en determinados tratados internacionales suscritos por los Estados[47] como, por ejemplo, la *Convención para la supresión y castigo del crimen de apartheid* de 1973 (art. IV), la *Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes* de 1984 (art. 5), la *Convención para la prevención y sanción del*

46. *Vid.* CASSESE, A.: "Y a-t-il un conflit insurmountable entre souveraineté des États et justice pénale internationale", *Crimes internationaux et jurisdictions internationales,* ed. por A. Cassese y M. Delmas-Marty, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 13-30 (p. 21). Véase también, para una visión general, VANDERMEERSCH, D.: "La compétence universelle", *Juridictions nationales et crimes internationaux*, dir. por A. Cassesse y M. Delmas-Marty, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 589-612, BOISSON DE CHAZOURNES, L. y CONDORELLI, L.: "Common article 1 of the Geneva Conventions revisited: protecting collective interests", *Revue International de la Croix Rouge*, vol. 837, 2000, pp. 69-70 y REMIRO BROTÓNS, A.: "La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal", *Creación de una jurisdicción penal internacional, Colección Escuela Diplomática,* nº 4, ed. a cargo de C. Escobar Hernández, Madrid, 2000, pp. 193-236. La base consuetudinaria del principio ha sido también afirmada por la jurisprudencia; así, la Opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o el empleo de las armas nucleares (*ICJ Reports*, 1996, párr. 79) y el asunto Kupreskic (Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others, ICTY, Trial Chamber Judgement, 14 January 2000, párrs. 517-520).

47. Sobre estas convenciones, véase GAETA, P.: "Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux", *Crimes internationaux et jurisdictions internationales,* ed. por A. Cassese y M. Delmas-Marty, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 191-214 (pp. 204-209), VANDERMEERSCH, D.: "La compétence..", *óp. cit.*, pp. 590-592 y HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 294-350.

delito de genocidio de 1948 (art. 5)[48] y diversas convenciones de terrorismo y otras materias.[49]

Algunos Estados han llegado más lejos, reconociendo la posibilidad en sus legislaciones internas y el Derecho Consuetudinario parece permitir ejercerlas respecto de delitos concretos, incluso sin apoyo en convención suscrita alguna.[50]

Sin duda, mucho se ha avanzado en este campo desde aquella tímida obligación de *aut dedere aut judicare* (buscar, detener y enjuiciar o, en su caso, extraditar) prevista para las infracciones graves de las Convenciones de Ginebra

48. Pese a que el artículo 6 no permitiría hablar de jurisdicción universal propiamente dicha, lo cierto es que la Convención no la prohíbe y puede afirmarse que hoy en día el Derecho Internacional la reconoce respecto de la figura de genocidio. Véase, al respecto, ORIHUELA CALATAYUD, E.: "Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales", *Creación de una jurisdicción penal internacional* (ed. a cargo de C. Escobar), Colección Escuela Diplomática, nº 4, Madrid, 2000, pp. 237-264 (en concreto, p. 248) y GAETA, P.: "Les règles internationales ...", *óp. cit.*, en concreto, pp. 191-192. La consideración del genocidio como crimen sometido a jurisdicción universal fue también la opción defendida en el voto particular de varios magistrados (siete) del Tribunal Supremo español en la sentencia 327/2003 (Sala de lo Penal, de 25 de febrero, RJ 2003\2147, Fundamentos de Derecho Primero y Tercero) en la que se enjuiciaba el genocidio maya cometido en Guatemala y en la que el Tribunal realizó una (criticada) interpretación restrictiva de esta cuestión y, en general, del artículo 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* española.

49. *Convenio sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves* (1963); *Convenio sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves* (1970); *Convenio sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil* (1971); *Convención internacional contra la toma de rehenes* (1979), *Convención para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas* (1997), etc....Fuera del ámbito estrictamente terrorista podría mencionarse la *Convención contra la delincuencia organizada transnacional* (2000).

50. Un ejemplo reciente al respecto: Francia, en el asunto llevado al TIJ por la República del Congo acerca de la controversia surgida cuando el primer Estado (en concreto, sus tribunales) ordenó la investigación (diciembre de 2001) y posterior orden de arresto (septiembre de 2002) de miembros del Gobierno congoleño por crímenes contra la humanidad y tortura. Francia, precisamente, alegó jurisdicción universal sobre estas figuras, no sólo porque así lo permitiera su Código Penal, sino también "en virtud de un principio de derecho internacional consuetudinario" (*asunto relativo a determinados procedimientos penales en Francia*, 17 de junio de 2003, párr. 11). También, en el asunto que enfrentó al Congo con Bélgica (*asunto sobre la orden de arresto de 11 de abril de 2000*, 14 de febrero de 2002, http://www.icj-cij.org), controvertido tema que el TIJ, desgraciadamente, prefirió resolver limitándose estrictamente a la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de ciertos sujetos sin hacer referencia a la subyacente del ejercicio de jurisdicción universal, la juez *ad hoc* Van den Wyngaert se refirió a la base consuetudinaria de la jurisdicción universal respecto de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (párr. 59), como también hicieron los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada conjunta (párrs. 45 y 61).

de 1949 (arts. 49, 50, 129 y 146 de la I, II, III y IV Convención, respectivamente) y en la actualidad son varios los Estados que a nivel interno han adoptado la legislación necesaria para ejercer la jurisdicción universal.[51]

Pero otros problemas surgen respecto del ejercicio de la jurisdicción universal: en primer lugar, qué conductas se acogen en su seno; en segundo lugar, la persona acusada debe encontrase en el territorio del Estado que pretende ejercer su jurisdicción y, en tercer lugar, de no ser así, debe requerirse al Estado que posea un vínculo con el individuo (por nacionalidad o por haberse cometido la conducta en su territorio) que extradite a la persona en cuestión si es que no puede (o no quiere) juzgarle él mismo.

Es más, algunos Estados reconocen, incluso, el ejercicio de la denominada jurisdicción universal *in absentia*; es decir, cuando el presunto culpable no se encuentra en su territorio.[52] Es el caso de Bélgica y su *Ley de 16 de junio de 1993 sobre la represión de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977*, modificada por la *Ley de 10 de febrero de 1999 sobre represión de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario* (art. 7) o, incluso, de España (art. 23.4 *Ley Orgánica del Poder Judicial*), Alemania o Portugal.[53]

51. Alemania, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, Dinamarca, Etiopía, Finlandia, Honduras, Israel, Noruega, Portugal, España, Salvador, Suecia, Suiza, Yugoslavia, Uruguay y Rumania. Obviamente, cada uno de estos Estados la recoge con distinta amplitud. Más información sobre las previsiones de estos ordenamientos jurídicos: VANDERMEERSCH, D.: "Droit belge", *Juridictions nationales et crimes internationaux*, dir. por A. Cassesse y M. Delmas-Marty, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 69-120 y, del mismo autor, "La compétence...", *óp. cit.* pp. 602-605.

52. Al respecto, PUEYO LOSA; J.: "Derechos Humanos...", *óp. cit*, pp. 28-33.

53. Alemania, por ejemplo (*Ley de 26 de junio de 2002 sobre el establecimiento de un Código Penal Internacional*, en http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/online-pub.html) permite a sus tribunales actuar (art. 1, párr. 1) contra todos los actos contrarios al Derecho Internacional que prevé, incluso aunque se hayan cometido en el extranjero y no presenten conexión con el territorio nacional. La jurisdicción belga (*Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève de 1949 et aux deux Protocoles Additionnels à ces Conventions, telle que modifiée par la loi du 10 Février 1999, qui ajoute les crimes de génocide et les crimes contre l'humanité aux infractions des Conventions de Genève et des Protocoles*, artículo 7), era competente para conocer de infracciones

Sin embargo, parece que en los últimos tiempos hemos asistido a una interpretación restrictiva de este principio, como han demostrado, por ejemplo, la reforma de la ley belga, la sentencia de la Audiencia Nacional española en el caso Guatemala y el asunto Yerodia ante el Tribunal Internacional de Justicia,[54] sin que podamos asegurar aún una crisis absoluta de la institución, pero sí una tendencia a ser cuidadosos a la hora de aplicarla.

¿Hubiera sido viable, por tanto, el ejercicio de la jurisdicción universal en el caso de Darfur?. La propia Comisión de Investigación se planteó la posibilidad

previstas en la mencionada ley (crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio), con independencia de donde se hubieran cometido, reconociendo lo que se denomina sistema de jurisdicción universal absoluta; es decir, no era necesario que un sujeto determinado se encontrara en su territorio para iniciar el proceso (CASSESE, A.: "Y a-t-il un ...", *óp. cit.*, p. 22). La ley belga fue modificada en julio de 2003 (texto en *International Legal Materials*, vol. 42, 5, septiembre 2003, pp. 1258-1283), limitando esa jurisdicción ya que, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, ahora se exige, para comenzar el procedimiento, la petición del fiscal cuando la violación no se haya cometido en territorio belga, el culpable no se encuentre en él o no sea de esa nacionalidad o cuando la víctima no tenga esa nacionalidad o no hay residido en el país durante, al menos, tres años (art. 7.1 de la mencionada Ley), lo que claramente constriñe las posibilidades antes existentes y, lo que es más importante, veta la posibilidad de que los particulares inicien la acusación. Sobre la reforma de la citada ley, LÓPEZ-JACOISTE, M. E.: "Comentarios a la Ley Belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, reformada el 23 de abril de 2003", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, 2, vol. LV, pp. 839-848 y RATNER, S. R.: "Belgium's War Crime Statute: a postmortem", *American Journal of International Law*, vol. 97, 4, 2003, pp. 888-898. Fue la ley belga la que originó la mencionada demanda del Congo contra Bélgica ante el TIJ, Por su parte, el artículo 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* española tampoco exige vínculo alguno específico para enjuiciar a los culpables de los delitos que recoge (precisamente, como es sabido, fue la ley española la que permitió el inicio del procedimiento contra A. Pinochet). ABELLÁN HONRUBIA, V. ("La responsabilité internationale...", *óp. cit.*, p. 375), no tiene duda alguna al respecto, al igual que A. REMIRO BROTÓNS ("La responsabilidad individual...", *óp. cit.*, p. 200). Sobre la necesidad (o no) de la presencia del autor del delito en territorio del Estado que pretende hacer valer la jurisdicción, véase REMIRO BROTÓNS, A.: "Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. V, 2001, pp. 45-281 (pp. 151-154).

54. Caso relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000, República Democrática del Congo contra Bélgica, *ICJ Reports*, 14 de febrero de 2002. También, Tribunal de Casación Belga, sentencia de 12 de febrero de 2002, asunto Sharon, Yaron y otros (www.indictsharon.net). Respecto de España, destaca también la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003, caso Perú por genocidio (Sala de lo Penal, sentencia nº 712/2003, Fundamentos de Derecho 5º y 6º) y la *Ley Orgánica de Cooperación con la CPI* (Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, BOE de 11 de diciembre de 2003, art. 7.2).

(párrs. 610-615 y 651 del Informe). Al menos, hubiera resultado ciertamente conveniente (en el caso de que existiera algún Estado dispuesto a ejercerla, claro está) si el Consejo de Seguridad no hubiera actuado pues, en este caso, la jurisdicción del TPI (ante la ausencia del vínculo de territorialidad o nacionalidad, al no ser parte Sudán en el Estatuto) no hubiera sido factible. La opción, por tanto, de que sea el Consejo de Seguridad quien pueda tomar la iniciativa en estos casos resulta altamente pertinente, sobre todo teniendo en cuenta que, en contra de las previsiones más pesimistas (que afirmaban la improbabilidad de que alguna vez el mecanismo se pusiera en marcha), este órgano ya ha demostrado (por primera y esperemos que no por última vez) su disposición a hacerlo.

Con todo, aun suponiendo que no se hubiera abierto la vía de remisión al TPI, el ejercicio de la jurisdicción universal hubiera resultado ardua tarea. En primer lugar, por las características de la situación: dificultad en la investigación por las reticencias del Gobierno Sudanés, complicación a la hora de buscar y arrestar a los autores materiales (varias decenas, pertenecientes muchos de ellos a guerrillas y, por tanto, difíciles de identificar y localizar,...) y, en segundo lugar, por el ya mencionado grave retroceso que el ejercicio de esta peculiar jurisdicción parece estar experimentando, tal y como analizamos. A la vista de esta conclusión, la determinación del Consejo de Seguridad de castigar a los responsables no merece sino elogios, sobre todo porque parece consolidarse como una salida alternativa que puede afianzarse en el futuro.

4.3 Creación de Tribunales ad hoc *o mixtos*

La remisión al TPI fue la opción preferida por la Comisión pero otras, finalmente desechadas, llegaron a plantearse (párrs. 571 y ss. del Informe).

La posibilidad de crear un tribunal *ad hoc*, en la línea de los establecidos en su día por el Consejo de Seguridad para la ex – Yugoslavia y Ruanda parecía a todas luces desfasada, porque el TPI, de carácter permanente, se creó precisamente para,

entre otras razones, evitar recurrir continuamente a este tipo de instancias creadas artificialmente para casos concretos y porque resultaría, sin duda, costoso y lento (redacción de un Estatuto, elección de sede, procedimiento, nombramiento de jueces, acuerdo de los Estados, etc...), como las experiencias de los otros dos tribunales se han encargado de demostrar. Fueron soluciones para una sociedad internacional bajo otras circunstancias pero, sin duda y sobre todo, innecesarias en la actualidad.

La Comisión barajó, incluso, la *sorprendente* e *incomprensible* (al menos, así lo creo) posibilidad de extender el mandato del Tribunal para la ex – Yugoslavia o Ruanda para incluir la jurisdicción sobre crímenes en Darfur (párr. 575), poco viable, entiendo, por su complejidad (requeriría resolución del Consejo, elección de nuevos jueces, reforma de los Estatutos, ya que fueron pensados para territorios concretos y delitos cometidos en fechas determinadas, etc...) y dificultad financiera.

Asimismo, podría haberse creado un tribunal de carácter mixto, ya compuesto por órganos del propio Estado, en la línea de los creados en Kosovo, Timor Leste, Bosnia o Camboya, ya de naturaleza internacional (no recurriendo pues a los órganos judiciales propios, aunque con algunos jueces y trabajadores de la nacionalidad del Estado Parte), como en el caso de Sierra Leona.

También en este caso las dificultades serían muchas, pudiendo citar el coste económico, la necesidad de establecer algún tipo de acuerdo con Naciones Unidas o la dudosa imparcialidad de los jueces sudaneses que en su caso se nombraran, debido a que muchos de los posibles acusados tendrían fuertes vínculos con el Gobierno, además de la ya citada poca disposición existente en el castigo de estas conductas. La Comisión señala incluso un inconveniente más (párr. 580): la incompatibilidad de parte del Derecho Sudanés con las normas internacionales, especialmente en lo que se refiere a normas de procedimiento.

4.4 Comisión Internacional de Compensación

El Grupo de Expertos enviados a Sudán consideró que, además, de someter la cuestión al TPI, resultaría conveniente crear un Comisión de

Compensación (párr. 649) compuesta por 15 miembros (10 nombrados por el Secretario General de las Naciones Unidas y 5 por un órgano sudanés independiente). La propuesta obedece, sin duda, al deseo y la necesidad de atender, no sólo a los responsables de los crímenes, sino también a sus víctimas, asegurándoles las indemnizaciones correspondientes.

Asimismo, la Comisión de Investigación incluyó otra serie de recomendaciones dirigidas tanto al Gobierno sudanés como a otras instancias. Entre las primeras figuran, por ejemplo (párr. 650), finalizar con la impunidad de los crímenes cometidos, proteger los derechos de los desplazados facilitándoles su regreso, garantizar la imparcialidad de los tribunales, permitir el acceso de la Cruz Roja e instituciones de derechos humanos de las Naciones Unidas a los detenidos, asegurar la protección de las víctimas y colaborar con los organismos defensores de los derechos humanos (Naciones Unidas y Unión Africana, sobre todo) y crear una Comisión de la Verdad y la Reconciliación cuando la paz esté asegurada en Darfur. Poco tiempo ha transcurrido desde el Informe, pero el suficiente para poder afirmar que bien poco está haciendo Sudán para seguir estas directrices. Así lo demuestra su airada reacción al saber que el Consejo de Seguridad había acudido al TPI y algunas actuaciones por él protagonizadas, como la detención de dos responsables de Médicos Sin Fronteras y de un intérprete de Naciones Unidas, acusados de delitos contra el Estado por haber sacado a la luz la situación de violación de los derechos humanos.[55]

Asimismo, se insta a determinados órganos de Naciones Unidas a actuar con mayor continuidad y contundencia. En concreto, se recomienda nombrar de nuevo un Relator especial sobre derechos humanos en la zona y la elaboración de informes periódicos por el Alto Comisionado de Derechos Humanos.

55. Http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/4593443.stm y http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/4595911.stm. En concreto, la reacción contra Médicos Sin Fronteras (http://www.msf.fr/site/actu.nsf/actus/soudan020605?OpenDocument&doc=au) estuvo motivada por un Informe (*La violencia sexual en Darfur*) elaborado por esta ONG en el que se daba cuenta detallada de determinados delitos contra la libertad sexual.

4.5 ¿Olvidamos algo?

La remisión de los delitos cometidos en Darfur ha sido la opción, ya lo sabemos, finalmente elegida en la resolución de este conflicto pero, ¿fue también la más conveniente?. Como ya apuntamos en su momento, ni siquiera fue la primera barajada por los Estados. ¿Podría afirmarse que fue sólo la alternativa que se abrió al cerrarse la puerta de la intervención?. En mi opinión, creo que así fue. No pretendo con ello afirmar que castigar a los presuntos culpables sea inútil, inconveniente o equivocado. Todo lo contrario, en una sociedad internacional como la actual, que tantos esfuerzos ha desplegado para evitar la impunidad de individuos que escaso o nulo respeto muestran hacia el ser humano, activar los mecanismos creados para este castigo resulta obligado. Ahora bien, esta solución debería, quizás, haber sido complementaria, y no subsidiaria de otras. Como a continuación detallaremos, otras dos opciones podrían haberse barajado: la intervención humanitaria y la activación de la responsabilidad del Estado sudanés. La primera, que hubiera evitado muertes y daños innecesarios, fue descartada por el Consejo de Seguridad, como siempre en atención a motivos más políticos que de justicia. La segunda, la responsabilidad estatal, aún planea en el horizonte y podría, por tanto, retomarse, aun pareciendo improbable, pues reina la sensación de que con la remisión al Consejo de Seguridad la sociedad internacional ha lavado su conciencia y saldado ya todas las cuentas pendientes con la población de Darfur.

4.5.1 La intervención humanitaria

En el mes de septiembre de 2004 ya se planteó en el seno del Consejo de Seguridad, ante el cariz de los acontecimientos en Darfur, la conveniencia de una intervención armada de carácter humanitario. Es más, Estados Unidos presentó un proyecto de resolución en la que calificaba lo sucedido como genocidio, culpando directamente al Gobierno y a los *Janjaweed* y proponiendo activar las disposiciones de la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*

(en concreto, el artículo 8), a fin de que el Consejo tomara las acciones pertinentes para prevenir o reprimir tales actos.[56] El proyecto de resolución, sin embargo, nunca vio la luz por la amenaza china de ejercer su derecho de veto, alegando que las sanciones "serían una medicina que no ayudaría al paciente, sino que lo mataría" aunque, posiblemente, razones de otra índole coadyuvaron a su rechazo (el suministro de petróleo que recibe de Sudán y que, seguramente, se vería afectado).

La posición de la República Popular de China, por tanto, obligó a adoptar un texto de talante más suave (menos eficaz, también), la resolución 1564, de 18 de septiembre, según la cual, si el Gobierno sudanés no cumplía con lo establecido por la resolución 1556, el Consejo *consideraría* la adopción de otras medidas de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la Carta, tales como "medidas que afecten al sector petrolífero de Sudán" (párr. 14), abandonando así la redacción original que proponía, directamente, "tomar medidas". El Consejo de Seguridad se mostraba también crítico con el Gobierno de Sudán al establecer (párr. 1) que no se había cumplido con todo lo establecido por la resolución 1556 para mejorar la situación de la población civil y que el Ejército del Gobierno y las milicias *Janjaweed* había violado el alto el fuego.

Todas estas resoluciones del Consejo de Seguridad fueron recibidas con recelo por el Gobierno sudanés. La posibilidad que la resolución 1564 dejaba abierta a la imposición en un futuro de sanciones más graves provocó enseguida las reacciones del propio Sudán y de algunos de sus aliados en África. De hecho, el 17 de octubre, en una cumbre en Trípoli a la que acudieron Libia, Sudán, Egipto, Nigeria y Chad, la idea de una intervención extranjera fue absolutamente rechazada.[57] Sudán, en definitiva, se ha mostrado siempre a favor de considerar el conflicto como un asunto meramente interno, cuya solución sólo a él incumbe.[58]

56. Http://www.un.org/News

57. Http://www.elmundo.es

58. Sobre su opinión, véase http://www.ambassade-du-soudan.org

Pese a no haberse producido, no podemos más que lamentar esta nueva negativa del Consejo de Seguridad de hacer uso de esta figura, tan necesaria a veces. Desde noviembre hasta la fecha de hoy han continuado los ataques a la población civil[59] y, aunque no podemos asegurar que una actuación en este sentido los hubiera evitado todos, sí quizás bastantes. Al menos, hubiera sido la respuesta más contundente ante la actuación del Gobierno y sus milicias. Quizás el de Darfur debiera ser un caso que nos llevara a reflexionar, aún más, acerca de la necesidad de abrir nuevas puertas que, sin embargo, parecen siempre cerrarse, por dos razones, entiendo:

En primer lugar, por la poca fiabilidad que el Consejo de Seguridad ofrece en situaciones de estas características. No es la primera vez que el ejercicio del derecho de veto impide la reacción ante situaciones que jamás hubieran debido producirse. Obviamente, la única salida sería la tan ansiada, discutida y cada vez más lejana reforma del Consejo de Seguridad, con una supresión del derecho de veto. Pero no nos engañemos. Ya sabemos que las tendencias no van en ese sentido, tal y como se ha encargado de demostrar, definitivamente y como ya se intuía, el Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio (*Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos)*[60] y el Informe del Secretario General (*Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*)[61] que acoge gran parte de las reflexiones de aquél. Ninguna de las alternativas propuestas en los dos textos considera la eliminación del derecho de veto,[62] conclusión obvia, pues tampoco esperábamos que los cinco privilegiados, en un derroche de generosidad, permitieran lo contrario.

59. El Informe del Secretario General sobre Darfur (doc. S/2005/240), de 12 de abril de 2005 confirma que han continuado los combates, los ataques a la población civil (párrs. 6 y 7) e, incluso, contra el personal internacional que trabaja en la zona(párr. 9).

60. Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004.

61. Doc A/59/2005, 21 de marzo de 2005.

62. Párrs. 249-256 del Informe del Grupo de Alto Nivel, que llega a afirmar que no ve "forma práctica alguna de cambiar el veto que tienen algunos miembros " (párr. 256). La alternativa A añadiría seis

Ahora bien, el Informe del Grupo de Alto Nivel sí proponía, muy acertadamente, la conveniencia de abstenerse en el ejercicio del derecho de veto "en casos de genocidio y abusos en gran escala de los derechos humanos" (párr. 256 *in fine*), si bien la cuestión seguiría dejándose al arbitrio de los permanentes, que pueden estar no muy dispuestos a abstenerse (¿lo habría hecho China en el caso de Darfur?).

En segundo lugar, la reticencia a consolidar la intervención humanitaria como un recurso legítimo cuando así lo justifiquen las circunstancias es otro de los obstáculos que deben salvarse. Los dos Informes mencionados se mostraron de acuerdo, al afirmar lo siguiente: "Aprobamos la norma que se está imponiendo en el sentido de que existe una responsabilidad internacional colectiva de proteger, que el Consejo de Seguridad puede ejercer autorizando la intervención militar como último recurso en caso de genocidio y otras matanzas en gran escala, de depuración étnica o de graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario que un gobierno soberano no haya podido o no haya querido prevenir".[63] ¿Estaría, en definitiva, justificada una intervención de los Estados, en ausencia de decisión alguna del Consejo, para llevar a cabo un último intento de salvar a la población de su propio Gobierno?. Lo lógico (lo moral) sería responder afirmativamente, con la precaución oportuna para evitar abrir la caja de Pandora (arbitrariedades, intervenciones humanitarias encubiertas,...). Así pareció entenderlo el Informe presentado en 2001 por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados.[64] De hecho, ya se han ofrecido pautas que podrían servirnos de

nuevos puestos permanentes sin veto y tres no permanentes de dos años de duración, y la B crearía ocho nuevos puestos con mandato renovable de cuatro años y uno no permanente de dos años no renovables (párrs. 249-256). El Informe del Secretario General acoge también las dos alternativas (p. 48).

63. Párrs. 249-256 del Informe del Grupo de Alto Nivel y párr. 135 del Informe del Secretario General (en realidad, este último hace suyo, en esta cuestión, todo lo afirmado por aquél).

64. *The Responsibility to Protect*, p. 31, párr. 4.13 "Yet there are exceptional circumstances in which the very interest that all states have in maintaining a stable international order requires them to react when all order within a state has broken down or when civil conflict and repression are so violent that civilians are threatened with massacre, genocide or ethnic cleansing on a large scale. The Commission found in its consultations that even in states where there was the strongest opposition to infringements on sovereignty, there was general acceptance that there must be limited exceptions to the non-intervention

guía, al enunciarse cinco criterios por los que el Consejo de Seguridad debería guiarse para decidir si autoriza el uso de la fuerza: gravedad de la amenaza, propósito correcto, último recurso, proporcionalidad de los medios y balance de las consecuencias.[65]

4.5.2 La responsabilidad de Sudán como Estado

El proceso que acaba de comenzar en La Haya, de llegar a buen puerto, concluirá con la condena y la imposición del castigo correspondiente a aquellos que sean considerados culpables de crímenes bajo la jurisdicción del TPI. Pero no sólo los individuos aparecen como responsables ante los ojos del Derecho Internacional: también el Estado de Sudán, implicado directamente en los acontecimientos se percibe como culpable en gran parte de lo sucedido, pareciendo justo que también él, como aparato institucional, reciba el merecido castigo.[66]

rule for certain kinds of emergencies. Generally expressed, the view was that these exceptional circumstances must be cases of violence which so genuinely "shock the conscience of mankind," or which present such a clear and present danger to international security, that they require coercive military intervention" (http://www.dfait-maeci.gc.ca/iciss-ciise/pdf/Commission-Report.pdf). Los párrafos 4.15-4.17 del Informe ofrecen cinco criterios que justificarían la intervención.

65. Párr. 207 del Informe del Grupo de Alto Nivel y párr. 127 del Informe del Secretario General. Aunque los requisitos son para el *uso de la fuerza*, en general, resultan aplicables, *mutatis mutandi*, a la intervención humanitaria.

66. De hecho, el artículo 25.4 del Estatuto del TPI establece: "Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional". Y, *a sensu contrario*, en el art. 58 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, podemos leer lo siguiente: "Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del Derecho Internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado". La conexión entre los dos sistemas de responsabilidad (individual y estatal) ya fue señalada en el asunto Furundzija, respecto de la tortura (ICTY Trial Chamber, IT-95-17-T, párr. 42, 10 December 1998): "if carried out as an extensive practice of State officials, torture amounts to a serious breach on a widespread scale of an internal obligation of essential importance for safeguarding the human being, thus constituting a particularly grave wrongful act generating State responsibility" (párr. 142). O, como afirma A. CASSESE respecto del genocidio ("International criminal responsibility of the individual and international responsibility of the State", *The Rome Statute...*, *óp. cit.*, pp. 1085-1100, p. 1089): "...the conditions for linking the two responsibility systems still for the moment requires more exact definition. Thus, one might ask whether, in connection with the cases of genocide considered jointly by the ICTY and the International Court of Justice, the legal findings made by the criminal tribunal would be regarded as endowed with the authority of res judicata by the International Court of Justice".

¿Quimera?. Pudiera ser, pero mientras el ordenamiento jurídico internacional nos ofrezca los instrumentos normativos necesarios para hacerlo (como ese el caso), plantear la posibilidad parece moralmente obligado, con independencia de que finalmente la realidad o los avatares políticos se impongan y eviten el buen fin deseado.

El primer paso en la determinación de la responsabilidad de Sudán sería, sin duda, determinar la existencia de un hecho ilícito, tal y como señala el artículo 1 del *Proyecto sobre responsabilidad de los Estados de la CDI*, concluido en el año 2001[67] y probarlo como atribuible al Estado sudanés (art. 2), cuestión por otro lado fuera de toda duda, en cuanto la mayoría de hechos fueron cometidas por personas pertenecientes al aparato estatal o las milicias.[68] Esta afirmación nos sugiere dos cuestiones que merecen mayor atención:

a) ¿Cuál o cuáles han sido los hechos ilícitos cometidos en Darfur?. A la vista de las páginas anteriores, el lector debe sin duda haberse formado ya una clara idea al respecto, que quizás ahora sólo convenga recordar y sintetizar. El origen de los hechos ilícitos cometidos sería doble:

– Violación de varios tratados internacionales que obligan a Sudán, de distinta naturaleza:

• Tratados internacionales de Derecho Internacional Humanitario, como las Convenciones de Ginebra de 1949, ratificadas por Sudán.

• Tratados internacionales relativos al propio conflicto de Darfur, firmados no sólo con los rebeldes (en cuyo caso el adjetivo internacional podría ponerse en duda) sino también con la Unión Africana y Naciones Unidas.[69]

67. Será este texto el que, a partir de ahora, nos sirva de guía, a sabiendas de que pese a no ser más que un mero proyecto, recoge en la gran mayoría de su articulado, derecho consuetudinario. No pretendemos tampoco realizar aquí un análisis exhaustivo del sistema de responsabilidad internacional de los Estados (no es el fin de este artículo), sino simplemente apuntar ciertos detalles que pueden ser relevantes.

68. El último Informe del Secretario General (*cit.*) sobre Darfur lo confirma aún más: "... se siguen recibiendo informes de que las fuerzas del Gobierno operan conjuntamente con las milicias tribales armadas" (párr. 43).

69. Así lo puso de manifiesto la Comisión (párr. 154).

– Violación de normas consuetudinarias,[70] en concreto aquellas referidas, nuevamente, al Derecho Internacional Humanitario, sobre todo en lo que respecta a los conflictos armados de carácter no internacional. Es cierto que Sudán no ha ratificado los *Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra*, pero no lo es menos que la gran mayoría de su articulado ha logrado hoy la calificación de normas consuetudinarias que obligan, por tanto, a cualquier Estado, con el añadido de que la esencia mínima de esas normas sí aparece en el artículo 3 común a los cuatro *Convenios de Ginebra* (de los que Sudán sí forma parte).

Previsiblemente, las actuaciones acaecidas en Darfur se calificarán como crímenes de guerra (las menos) o crímenes contra la humanidad (las más). Inevitablemente, esta conclusión nos obliga a ciertos planteamientos que van un poco más lejos: no nos encontraríamos ante hechos ilícitos ordinarios, sino ante lo que el Proyecto de la CDI denomina *violaciones graves de normas imperativas* (con consecuencias, por tanto, más graves para el Estado que las lleve a cabo[71]), en tanto en cuanto nos encontramos con obligaciones de *ius cogens*,[72] incumplidas (previsiblemente) de manera flagrante o sistemática (art. 40 del Proyecto)

b) ¿Son atribuibles al Gobierno de Sudán?. En la lista de presuntos culpables entregada al Fiscal del TPI figuran tanto personas vinculadas al aparato estatal como miembros de las milicias *Janjaweed* (recordemos, apoyados por el Gobierno) de manera que la respuesta a la pregunta que acabamos de formular sería claramente negativa, sobre todo en virtud de los artículos 4, 5 y 8 del Proyecto de la CDI.[73] Por las

70. Como se afirma en los Comentarios al Proyecto de la CDI (p. 53): "La expresión violación de una obligación internacional del Estado (...) abarca tanto las obligaciones convencionales como las que no dimanan de tratados".

71. No entraremos en su análisis, remitiéndonos, simplemente, al artículo 41 del Proyecto (cooperación de los Estados para ponerle fin, no reconocer la situación como lícita,...) y 48 (invocación de la responsabilidad por Estados distintos al lesionado).

72. La prohibición de tortura y las normas básicas del Derecho Internacional Humanitario han sido incluidas en tales obligaciones (recuérdese que el TIJ, en el asunto sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares, las calificó de normas intransgredibles, *ICJ Reports 1996*, p. 226, en p. 257, párr. 79). En concreto, los crímenes de lesa humanidad fueron así calificados en el asunto Timor Este, Portugal v. Australia (*ICJ Reports*, p. 90, en p. 102, párr. 29).

73. Incluirlas en uno u otro artículo dependerá de la circunstancias concretas del caso.

características del conflicto de Darfur resulta especialmente interesante la aplicación del artículo 8 (comportamiento bajo la dirección o control del Estado). De acuerdo con la CDI, se incluirían situaciones en las que "no importa que la persona o las personas que ha intervenido sean particulares, ni que su comportamiento corresponda a una actividad pública", tratándose en la mayoría de situaciones en las que "lo órganos del Estado complementan su propia acción contratando o instigando a personas privadas o grupos que actúen como auxiliares".[74] En realidad, la cuestión no es tan sencilla como aparentemente parece: el artículo habla de *instrucciones*, *dirección* o *control* del Estado, con lo que parece que habrá que comprobar en cada caso que, efectivamente, se ha dado el supuesto contemplado o corremos el riesgo de imputar al Estado conductas llevadas a cabo por un grupo de insurgentes que, aunque apoyadas en líneas generales por el Estado, se extralimiten y lleven a cabo actividades descontroladas.[75]

De considerarse que las dos preguntas formuladas tienen respuesta afirmativa, surgirían de inmediato para Sudán las obligaciones de poner fin al hecho ilícito y, por supuesto, la reparación del daño causado. Al menos, en la teoría porque, rindámonos a la evidencia ¿qué o quién se encargará de que el Estado de Sudán afronte sus obligaciones?, ¿algún Estado que se erija en defensor de estas lides, con el riesgo de que se extralimite en sus funciones, iniciando guerras privadas y también ilegales, similares a algunas de las vividas en los últimos años?, ¿el mismo Consejo de Seguridad que en su día negó la intervención humanitaria?. Quizás de momento deberíamos consolarnos con el futuro castigo de los individuos responsables ante el TPI. Y no es poco.

74. *Vid.* Comentarios, p. 92.

75. Muy interesante en este punto el análisis de C. GUTIÉRREZ ESPADA (... pp. 96-105), en el que tras analizar respecto de esta cuestión las doctrinas de control efectivo o control general (defendidas, respectivamente, en el asunto Nicaragua ante el TIJ y en el asunto Tadic ante el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia) cree que, a tenor de los comentarios de la CDI y muy acertadamente, ésta ha optado por la primera, más complicada, pues exigiría un análisis caso por caso, pero más justa también. Sobre las dos doctrinas, véase también MOMTAZ, D.: "Le droit international...", *óp. cit.*, pp. 55-65.

Princípio da retroatividade benéfica

Paulo César Corrêa Borges
Doutor e Mestre pela Unesp.
Professor de Direito Penal da Unesp.
Membro do Movimento do Ministério Público Democrático, IBCCRIM e AIDP. Promotor de Justiça.

Sumário: 1. Introdução – 2. Conceito – 3. Direito Constitucional comparado – 4. Princípio constitucional da aplicação da lei penal benigna, no Brasil – 5. Jurisprudência – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

Resumo: A partir da Constituição Federal de 1988, que determinou a irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu, reacendeu-se o debate doutrinário sobre a recepção do art. 3.º, do Código Penal brasileiro, que dispõe sobre a ultra-atividade da lei penal temporária ou excepcional. A doutrina majoritária tem se limitado a afirmar que aquelas normas aplicam-se aos fatos praticados durante sua vigência, e alguns admitem apenas a retroatividade se forem leis temporárias favoráveis, em relação a leis da mesma natureza. Entretanto, a retroatividade benéfica estabelecida em nível constitucional torna imperiosa a aplicação retroativa da lei penal mais favorável ou da *abolitio criminis*, tratando-se de sucessão de leis permanentes ou temporárias, porquanto o princípio constitucional de direito penal em referência não fez restrição à natureza jurídica da lei penal: apenas determinou a retroatividade.

Palavras-chave: Lei penal – Lei penal temporária – Retroatividade – Princípio da retroatividade benéfica – Constituição.

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, trazendo em seu bojo o princípio da aplicação da lei mais benigna, revitalizou-se o questionamento sobre a constitucionalidade do art. 3.º do Código Penal, que determina singelamente a ultra-atividade da lei temporária ou excepcional.

Antes de mais nada, deve-se entender como ultra-atividade da lei penal temporária ou excepcional a sua aplicação aos fatos ocorridos sob sua vigência, mesmo depois de ser derrogada, seja pelo transcurso do prazo de vigência ou pela cessação da contingência que fundamentou sua promulgação, a despeito da superveniência de lei permanente mais favorável. Tem-se presente, contudo, a crítica de Zaffaroni aos doutrinadores que falam na ultra-atividade da lei penal, segundo a qual o que ocorre nada mais é que a aplicação do princípio geral do *tempus regit actum* e que a única extra-atividade da lei penal é a retroatividade da lei mais benigna.[1]

O presente artigo pretende confirmar as dúvidas sobre a recepção do referido art. 3.º. do Código Penal brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, conquanto o tema tenha passado desapercebido da maioria dos doutrinadores, que se limitaram a repetir suas lições sobre a lei excepcional e a lei temporária, sem confrontá-las com os mandamentos constitucionais vigentes.

Será, então, analisado o conceito de leis excepcional e temporária, para posteriormente confrontá-las com o princípio da retroatividade e da ultra-atividade da lei penal mais benigna, que, a partir de 1934, foi guindado ao *status* de norma constitucional, comprometendo a sistemática da aplicação daquelas espécies de norma infra-constitucional.

A partir da Constituição Federal de 1946, todas as demais constituições brasileiras mantiveram o princípio da retroatividade da lei mais benig-

1. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar. 1995, t. I, p. 461.

na,[2] ensejando o debate sobre a constitucionalidade do art. 3,º do Código Penal em vigor, cuja parte geral foi reformada em 1984, vale dizer, antes do advento da atual Constituição Federal de 1988, que também incorporou o referido princípio.

2. Conceito

A justificativa para a edição de leis temporárias ou excepcionais, em matéria penal, é apresentada por Von Liszt[3] como sendo a necessidade de adaptação da legislação às constantes alterações evolutivas da vida diária. O grande penalista cita como exemplo, na Espanha, as Leis de repressão ao anarquismo de 10.07.1894, cuja vigência foi suspensa por três anos pela Lei de 02.09.1896, por força do art. 7º., deste diploma legal, promulgada com a finalidade específica de se estabelecer a mais aguda repressão penal.

Analisando o problema da ultra-atividade da lei penal temporária ou excepcional, Jiménez de Asúa[4] referiu-se à lei espanhola sobre explosivos de 1894 e à lei temporária sobre anarquismo de 1896, para apresentar como melhor solução à sucessão de leis no tempo, o princípio da irretroativdade das leis temporárias ou excepcionais, porquanto sempre serão prejudiciais aos delinqüentes.

Acrescenta Jiménez de Asúa[5] que, uma vez derrogada a lei temporária ou cessada a contingência, que fundamentou sua promulgação, a lei temporária ou excepcional não pode ser aplicada aos casos ocorridos sob sua vigência e pendentes de julgamento. Com efeito, se a lei temporária criou delitos, estes deixam de existir juntamente com a derrogação daquela, ressurgindo o ordenamento

2. LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal:* parte geral. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

3. VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal.* Tradução da 20ª. ed., por Luis Jimenez de Asúa. 2ª. ed. Madrid: Editorial Reus, 1927. t. II., p. 170.

4. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*: Filosofia y lei penal. 5ª. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1992. t. II, p. 646.

5. *ibidem*, p. 647.

jurídico que não reprova tais condutas. Este torna-se a lei nova mais favorável, que deve retroagir para beneficiar o réu. Conclui o grande penalista argentino que a mesma solução se aplica às hipóteses em que a lei passageira limitou-se a aumentar as penas de determinados crimes. Revogada a lei temporária ou excepcional, ressurgem as punições com penas mais brandas, que devem retroagir por serem mais benéficas.

Contudo, Jímenez de Asúa admite que se houver disposição expressa na legislação admitindo a ultra-atividade da lei temporária ou excepcional, estas serão aplicadas aos fatos ocorridos sob seu império. Ao contrário, nos ordenamentos jurídicos em que há proibição expressa da ultra-atividade ou inexistência de qualquer previsão, impõem-se as regras gerais que determinam a retroatividade da lei mais benéfica.[6]

Citado penalista critica acórdão do Tribunal Supremo de Havana, datado de 15.02.1940, segundo o qual o Código de Emergência Eleitoral seria aplicável aos fatos ocorridos sob sua vigência, mesmo depois de sua derrogação, pelo transcurso do termo final de sua vigência. Ressalta Jiménez de Asúa que o Código de Defesa Social de Cuba cuidou da validade da lei penal no tempo, do 3º. ao 6º. artigos, sem qualquer disposição sobre lei temporária ou excepcional.[7]

Depois de equiparar as leis temporárias e excepcionais, notadamente quanto às suas conseqüências, Zaffaroni[8] põe em dúvida o entendimento de que tais leis sejam exceções ao princípio da retroatividade da lei mais benigna, mas acrescenta que, diante da legislação argentina, não há problemas para admiti-lo, porquanto apenas tem *status* constitucional o princípio da irretroatividade da lei mais severa,[9] enquanto o princípio da retroatividade da lei mais benigna

6. *Ibidem*, p. 648.
7. Idem.
8. *Op. cit.*, p. 474.
9. Art. 18, da Constituição argentina.

é previsto pelo art. 2.º do Código Penal argentino, que poderia sofrer exceções por leis de mesma hierarquia.

Preceitua o citado dispositivo da legislação infra-constitucional argentina que: *Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictara una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por dicha ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.*

3. Direito Constitucional comparado

O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna recebeu tratamento constitucional expresso em vários países, conquanto em outros sequer referência foi feita ao princípio da irretroatividade da lei penal.

É importante ressaltar que naquelas constituições em que há proibição genérica de retroatividade da lei penal, nenhuma aplicação de lei penal nova é possível, mesmo que seja em benefício do acusado. Nestes países, a sucessão de leis temporárias ou excepcionais rege-se pela aplicação da lei vigente no momento em que o fato ocorreu, isto é, aplica-se o princípio "*tempus regit actum*".

Ao contrário, nos Estados em que as respectivas constituições determinaram expressamente a vedação da retroatividade da lei penal mais severa, vige o princípio implícito da retroatividade mais benigna. Nesta hipótese, o ordenamento infra-constitucional pode determinar sua aplicação em relação às leis penais, porém, sem estabelecer qualquer exceção no tocante às leis temporárias ou excepcionais, como quer parte da doutrina. Sendo estas sucedidas por leis mais favoráveis, sejam diplomas permanentes ou mesmo temporários ou excepcionais, aplica-se a lei que for mais benigna.

Em relação aos países em que houver previsão constitucional expressa, concernente à retroatividade da lei penal em favor do acusado, nenhuma dúvida pode subsistir quanto à aplicação do referido princípio.

Vê-se, pois, que quatro são os agrupamentos de Estados possíveis, formados a partir do tratamento constitucional que dispensaram ao princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, com reflexos diretos na solução do conflito temporal da sucessão de leis temporárias ou excepcionais.

Primeiro, há o grupo dos países que nenhuma previsão fizeram em relação à retroatividade da lei penal, nas respectivas constituições. Quando muito estabeleceram o princípio da anterioridade da lei penal, como um dos aspectos do princípio da legalidade, relegando para o ordenamento infra-constitucional o princípio da irretroatividade da lei penal e, por conseguinte, podendo este fixar a ultra-atividade da lei temporária ou excepcional, mesmo quando mais severa que a lei posterior. Dentre este países, podem ser citados: República Federal da Alemanha; Argentina; China;[10] Cuba; Espanha; França;[11] Grã-Bretanha;[12] Itália; Japão; Peru; Suíça;[13] Uruguai;[14] Hungria;[15] Polônia;[16]

10. CF de 04.12.1982. Edição em línguas estrangeiras, impressa na República Popular da China, 1983. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 281-318.

11. Constituição de 04.10.1958, com alterações de leis constitucionais posteriores, sem qualquer referência ao princípio da irretroatividade, mas com importante ratificação no Preâmbulo da Declaração de 1789. In: *Constituição de diversos países*. Tradução de Jorge de Miranda. Lisboa: Imprensa Nacional, 1979. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 437-58.

12. Ver alguns textos britânicos de natureza constitucional, sem qualquer referência ao princípio da irretroatividade, em BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 459-484.

13. CF de 29.05.1874. In: Textos e Documentos. Ano I, n. 12, dez./1979. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 2, p. 853-918.

14. CF de 24.08.1967. BANDERA, Manuel M. de la. *Trabajo mandado publicar por Resolución del Senado de 28 de noviembre de 1967*. Montivideo: Secretaria del Senado, 1967. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 2, p. 959-1034.

15. CF, Lei XX de 1949, com modificações posteriores. Texto fornecido à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal brasileiro, pela Embaixada da Hungria, em 02.04.1987. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 77-100.

16. CF de 22.07.1952, com emendas posteriores. Texto publicado na Gaceta Oficial n. 7, pos. 36, de 21.02.1976. Tradução de Jorge Ruiz Lardizábal. Varsóvia: Wojciech Freuderich, 1978. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 101-32.

Romêmia;[17] Angola;[18] Moçambique;[19] São Tomé e Príncipe; Dinamarca;[20] Finlândia;[21] Áustria;[22] Coréia; e Suriname.

A Constituição Federal da Alemanha de 23.05.1949, com Emendas até 21.12.1983, estabelece em seu art. 103, n. 2 que: *Uma ação só pode ser punida se a culpabilidade tiver sido definida antes de praticada a ação.*[23]

Na Argentina, a CF de 1853, com Emendas posteriores, em seu art. 18 estabelece que: *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.*[24]

A Constituição Federal Cubana de 24.02.1976, estabelece em seu art. 58 que: *Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente, em*

17. CF de 20.08.1965, com revisões posteriores. In: ALVARES, Manuel B. Garcia. *Textos constitucionales socialistas.* In: BRASIL. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 133-55.

18. CF de 10.11.1975, revista e alterada. Texto fornecido à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal brasileiro, pela Embaixada de Angola. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 3, p. 5-33.

19. CF de 20.06.1975, com alterações posteriores. Texto publicado em Maputo: Instituto Nacional do Livro e do Disco, 1978. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 3, p. 75-112.

20. CF de 05.06.1953. In: *Textos & documentos*, ano 2, n. 3, mar./1980. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 4, p. 5-28.

21. CF de 07.04.1983. In: Ministério de Assuntos Exteriores e Ministério da Justiça. Helsinque: Parlamento da Finlândia, 1984. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 4, p. 29-72.

22. CF de 1º.10.1920, com alterações posteriores. In: Boletín de legislación extranjera. Cortes Generales. Direção e tradução de Mariano Daranas Peláez. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 5, p. 5-131.

23. Tradução publicada pelo Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn. In: *Public Document.* Alemanha: Wiesbadener Graphische Betriebe GmbH, 1979. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 123-84.

24. Texto publicado por Helio Juan Zarine. 4ª. edição. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 185-213.

virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas estabelecen.[25]

Na Espanha, a Constituição Federal de 27.12.1978, em seu art. 25, n. 1, prescreve que: *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*[26]

A Itália, em sua Constituição Federal de 1º.01.1948, com Emendas posteriores e que está, atualmente, sendo objeto de amplo debate reformador, fixou em seu art. 25 que: *Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sai entrata in vigore prima del fatto commesso.*[27]

A Constituição Federal japonesa de 03.11.1946, em seu art. 39 determinou que ninguém será responsabilizado criminalmente por um ato que era legal na época em que foi praticado, ou do qual foi absolvido, nem tampouco será sujeito à dupla ameaça.[28]

A Constituição Federal do Perú de 12.07.1979, em seu art. 20, alínea *d* estabeleceu que: *Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado em la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista em ley.*[29]

25. Publicação oficial das Oficinas de la Presidencia da La Asamblea Nacional del Poder Popular. La Habana: Editorial Ciencias Sociales, 1981. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 319-354.

26. Texto publicado pelo Ministério de Assuntos Exteriores, pela Oficina de Información Diplomática, 1979. In: BRASIL. Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 355-411.

27. CF de 1º.01.1948, com Emendas Posteriores, estando atualmente sendo objeto de ampla reforma. Art. 25: *Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sai entrata in vigore prima del fatto commesso.* Ver em Internet, http://www.camera.it/index.asp.

28. In: Textos & Documentos: publicação mensal, ano I, n. 7, jul./79. Série Constituições. In: BRASIL. Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 2, p. 545-63.

29. Edição oficial da Assembléia Constituinte, Imprensa do MEF. IN: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 2, p. 693-754.

A Constituição Federal de São Tomé e Príncipe de 05.11.1975, em seu art. 15 deixou expresso que o cidadão não pode ser detido, preso ou condenado senão em virtude de lei em vigor no momento da perpetração do ato que lhe é imputado e que o direito de defesa é reconhecido e garantido ao argüido e ao acusado.[30]

A Coréia, em sua Constituição Federal de 12.07.1948, com emenda de 1987, determinou em seu art. 13, n. 1, que nenhum cidadão será processado por ato que não constitua crime de acordo com a legislação em vigor à época de sua realização, e nem será julgado duas vezes pelo mesmo crime.[31]

O Suriname não fixou em sua Constituição Federal de 31.03.1987, expressamente, o princípio em análise. Há apenas o art. 137, que se aproxima dos fins da irretroatividade da lei penal mais severa, estabelecendo o mesmo que: *O juiz pode declarar sem efeito o dispositivo legal que julgar contrário a um ou mais dos direitos fundamentais quando aplicado a um caso concreto.*[32]

O segundo grupo é o dos Estados que fixaram a vedação à retroatividade de qualquer tipo de lei penal, nas respectivas constituições, impedindo, com efeito, a retroatividade de lei nova, ainda que seja mais benéfica que lei temporária ou excepcional anterior: Estados Unidos;[33] República Democrática Alemã; Noruega; e Filipinas.

A República Democrática Alemã havia fixado em sua Constituição Federal de 06.04.1968, com emendas posteriores, em seu art. 99, n. 2, que: *Un*

30. In: BRASIL. Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 3, p. 113-128.

31. Tradução de Maria Cláudia Durmmond Trindade, do original em inglês fornecido pela Embaixada da República da Coréia à Subsecretaria do Senado Federal brasileiro. In: BRASIL. Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 6, p. 5-61.

32. Tradução de Frank J. Ooft, do original em holandês fornecido pela Embaixada da República do Suriname. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 6, p. 187-240.

33. CF de 17.09.1787, com vinte e seis emendas. Art. 1.º., seção 9, n. 3: *Não serão aprovados atos legislativos condenatórios sem o competente julgamento, assim como as leis penais com efeito retroativo.* Tradução revisada de *Textos e documentos.* Publicação mensal. Ano 1, n. 2, fev./1979. Série Constituições. Berlimed. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 413-35.

hecho cae bajo responsablidad penal siempre y cuando al ser cometido exista una ley que lo defina como delito, cuando la persona encausada haya actuado com culpabilidad y el delito haya sido probado de manera incontestable. Las leyes penales no tienen efecto retroactivo.[34]

A Noruega fixou no art. 97, da Constituição Federal de 17.05.1814, que: *Ninguna ley podrá tener efectos retroactivos.*[35]

As Filipinas estabeleceu na sua Constituição Federal de 15.10.1986, no art. 3, seção 22 que: Não será promulgada qualquer lei que gere efeitos retroativos ou decreto que determine a cassação dos direitos civis e o confisco de bens.[36]

Outro grupo é o dos Estados cujas constituições estabeleceram o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, de forma implícita, havendo previsão expressa somente em relação à irretroatividade da lei penal mais severa: México; Bulgária; Costa Rica e Suécia.

A Constituição Federal mexicana de 31.01.1917, com emendas posteriores, estabelece em seu art. 14 que: *A ninguna ley se dará efecto retroativo em prejuicio de persona alguna.*[37]

34. Texto fornecido à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal brasileiro, pela Embaixada da República Democrática da Alemanha, em 1º.04.1987. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 7-49.

35. In: REAL MINISTÉRIO DE ASSUNTOS EXTERIORES. Oslo: Embaixada da Noruega, 1987. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 4, p. 73-72.

CF de 15.10.1986. Art. 3, seção 22: *Não será promulgada qualquer lei que gere efeitos retroativos ou decreto que determine a cassação dos direitos civis e o confisco de bens.* Tradução de Maria Cláudia Drummond Trindade, do original em inglês fornecido pela Embaixada da República das Filipinas à Subsecretaria do Senado Federal brasileiro. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 6, p. 63-185.

36. Tradução de Maria Cláudia Drummond Trindade, do original em inglês fornecido pela Embaixada da República das Filipinas à Subsecretaria do Senado Federal brasileiro. In: BRASIL. Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 6, p. 63-185.

37. Edição da Secretaría de Gobernación. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 2, p. 565-651.

Na Bulgária, a Constituição Federal de 16.05.1971, fixou em seu art. 136, n. 2, que: *La ley que incrimina un acto determinado o que eleva la responsabilidad penal, no tiene efecto retroactivo.*[38]

A Costa Rica, em sua Constituição Federal de 07.11.1949, com reformas posteriores, prescreveu em seu art. 34 que: *A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimonialis adquiiridos o de situaciones juridicas consolidadas.*[39]

A Suécia em suas Leis Fundamentais (Instrumento de Governo), no Capítulo 2, art. 10 fixou que: Nenhuma pena ou outra sanção penal pode ser imposta por ato que não era sujeito a sanção penal ao tempo em que foi cometido. Nem pode ser imposta a um ato sanção penal mais severa do que a prescrita ao tempo em que foi cometido. Estas disposições aplicam-se também ao confisco ou a quaisquer outras conseqüências jurídicas decorrentes da prática de atos criminosos.[40]

Finalmente, há os Estados que prescreveram, expressamente, a retroatividade da lei penal mais favorável ao acusado, nas respectivas constituição, seja em título concernente aos direitos e garantias fundamentais, seja em capítulo atinente à legislação infra-constitucional ou ao poder judiciário, embora a grande maioria fixasse a natureza garantista do referido princípio e, portanto, entre os direitos e garantias fundamentais. São exemplos deste grupo: Brasil; Chile; Guiné-Bissau; Paraguai; Portugal; Venezuela; Nicarágua; Cabo Verde; e Iugoslávia.

No Brasil, a Constituição Federal de 05.10.1988, a denominada "Constituição Cidadã", estabeleceu em seu art. 5.º, XL, que: *A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.*

38. In: ALVARES, Manuel B. Garcia. Textos constitucionales socialistas. Leon: Colégio Universitário de Leon, 1977. In: BRASIL. Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 51-76.

39. Texto oficial publicado em San José: Imprenta Nacional, 1981. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 2, p. 5-57.

40. GLANZ, Gilbert H. Sweden (1976-1984). In: Constitutions of the Countries of the World. New York: Oceana Publications, jun./1985. In: BRASIL. Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 4, p. 114-228.

A Constituição Federal chilena de 08.10.1981, em seu art. 19, § 3.º, determinou que: *Ningún delito se castigará com outra pena que la que señale una ley promulgada com anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.*[41]

Em Guiné-Bissau, a Constituição Federal de 16.05.1984 prescreveu em seu art. 33 que a lei penal não pode ser retroativa, excetuando-se, unicamente, os casos em que a retroatividade possa beneficiar o condenado ou acusado.[42]

O Paraguai fixou na Constituição Federal de 25.08.1967, com emenda posterior, em seu art. 67 que: *Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo las leyes penales que sean más favorables al encausado o condenado.*[43]

A Constituição Federal portuguesa, de 25.04.1976, em seu art. 29, n. 4, prescreveu que ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao argüido.[44]

Esta já era a prescrição na Venezuela, em cuja Constituição Federal de 23.01.961, com emenda posterior, já estabelecia em seu art. 44 que: *Nenhuma disposição legislativa terá efeito retroativo, exceto quando seja para impor uma pena menor. As leis processuais aplicar-se-ão a partir da data em que entrarem em vigor mesmo para os processos que estiverem em curso. Nos processos penais, todavia, as provas que já*

41. Edição oficial publicada pelo Editorial Juridica de Chile, 1981. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 215-80.

42. Edição ANP, impressa nas oficinas gráficas da INACEP, 1985. In: BRASIL. Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 485-509.

43. Impresso em Assunção: Litocolor, 1984. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 2, p. 652-92.

44. In: Boletim de Legislación Extranjera, 14 de noviembre 1982, Cortes Generales. Servicio de Estudios. Texto extraído pelo BLE do Diário da República, 1ª. Série, n. 227, de 30.09.1982. In: BRASIL. Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 2, p. 755-851.

tiverem sido colhidas serão apreciadas na medida em que beneficiarem o réu, conforme a lei vigente à data em que foram produzidas.[45]

Na Nicarágua, a Constituição Federal de 19.11.1986, prescreveu em seu art. 38 que: *La ley no tiene efecto retroactivo, excepto em materia penal cuando favorezca al reo.*[46]

Em Cabo Verde, a Constituição Federal de setembro de 1980, também fixou em seu art. 32 que a lei penal não pode ser retroativa, excetuando-se, unicamente, os casos em que a retroatividade possa beneficiar o condenado ou acusado.[47]

A antiga Iugoslávia, através de sua Constituição Federal de 21.02.1974, fixava em seu art. 211 que: (...) *Los delitos se determinan y la sanciones pronuncian con arreglo a la ley u outra prescripción vigente en el momento en que fuere cometido el delito, salvo si la nueva ley fuere más benigna para el inculpado.*[48]

Nos dois últimos grupos, ou seja, os dos países em cujas constituições há, explícita ou implicitamente, a consagração do princípio da retroatividade da lei mais benigna, a legislação infra-constitucinal não pode estabelecer restrição ao citado princípio, notadamente determinando a ultra-atividade da lei temporária ou excepcional, nas hipóteses em que estas forem mais severas. A distinção entre lei permanente e transitória não foi acolhida pela constituição de cada um daqueles países e, por isso, impõe-se a retroatividade da lei mais favorável, seja de que natureza for.

45. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 2, p. 1035-97.

46. Edição oficial publicada em Manágua: La Gaceta, n. 5, de 9/jan./1987. In: BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 2, p. 58-105.

47. Texto publicado em Praia: Grafedito, s.d. In: BRASIL. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 3, p. 35-73.

48. In: SECRETARIADO DE INFORMAÇÃO DA ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA DA IUGOSLÁVIA. Belgrado: Editor Borba, 1974. In: BRASIL. Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 5, p. 133-340.

4. Princípio constitucional da aplicação da lei penal benigna, no Brasil

No Brasil, a legislação penal genuinamente brasileira, surgida a partir do Código Criminal do Império, previu pela primeira vez o princípio da retroatividade da lei penal, em favor do réu, apenas no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 11.10.1890, estabelecendo em seu art. 3.º que: *A lei penal não tem effeito retroactivo; todavia, o facto anterior será regido pela lei nova: a) se não fôr considerado passível de pena; b) se fôr punido com pena menos rigorosa.* Vale mencionar, ainda, que este diploma legal não fez qualquer referência à ultra-atividade de lei temporária ou excepcional, figuras que desconhecia o legislador penal.

O referido art. 3.º, foi repetido na Consolidação das Lei Penais, de autoria do Desembargador Vicente Piragibe, que havia sido publicado sob o título "Código penal brasileiro", tendo sido aprovada e adotada pelo Dec. 22.213, de 14.12.1932. Também não fez nenhuma referência à lei penal temporária ou excepcional, e, menos ainda, à sua ultra-atividade, aplicando-se, então, em sua plenitude o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

O princípio da aplicação da lei penal mais benigna, sob a fórmula genérica de que "a lei penal somente retroagirá para beneficiar o réu", ganhou *status* constitucional no Brasil a partir da Constituição de 16.07.1934, que, em seu art. 113, n. 27, prescrevia: *A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu.*

Poderia parecer que a preocupação à época era restringir a atuação legislativa voltada para a matéria penal, com a única perspectiva concernente à irretroatividade da lei penal mais severa. Contudo, quando o legislador constituinte afirmou a retroatividade da lei mais benigna, não estabeleceu qualquer exceção e, assim sendo, nem sequer leis temporárias ou excepcionais ficavam imunes à suas preterições diante de leis novas mais benéficas, quer fossem permanentes, temporárias ou excepcionais.

Posteriormente, em um período de exceção, foi outorgada a Constituição Federal de 10.11.1937, com a possibilidade de expedição pelo Presi-

dente da República de decretos-leis sobre várias matérias, dentre as quais a de natureza penal.[49] Aliás, o próprio Código Penal ainda em vigor é fruto do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940, editado em referido período ditatorial e, portanto, anti-democrático.[50]

É neste ambiente hostil à democracia e às conquistas históricas obtidas, notadamente, a partir da Revolução Francesa, que se estabeleceu no art. 3.º a ultra-atividade da lei excepcional e temporária, aos fatos praticados durante a sua vigência, ainda que a lei nova e permanente fosse mais favorável ao réu.

Referida exceção ao princípio da retroatividade da lei mais benigna, tratando-se de lei permanente ou temporária ou excepcional, era possível às normas de nível infra-constitucional, àquela época, em razão de que o preceito constitucional contido no art. 122, n. 13, segunda parte, da Constituição de 1937,[51] restringia-se apenas à irretroatividade da lei nova que estabelecesse ou agravasse a pena, por um determinado crime. Portanto, o princípio da retroatividade da lei mais benigna não constou do texto constitucional e, por isso mesmo, poderia a lei infra-constitucional fixar a ultra-atividade da lei temporária ou excepcional, mesmo quando cessasse sua vigência e a lei permanente posterior fosse mais favorável.

Tratava-se de norma infra-constitucinal (art. 3.º do Código Penal) estabelecendo exceção a princípio fixado por norma de mesma hierarquia (art. 2.º do Código Penal).

49. O art. 13, da Constituição de 1937, apenas excetuava do âmbito dos decretos-leis as matérias concernentes a modificações à Constituição; legislação eleitoral; orçamento; impostos; instituição de monopólios; moeda; empréstimos públicos; e, alienação e oneração de bens imóveis da União.

50. Vale lembrar que o art. 186, da Constituição de 1937 declarou em todo o país o estado de emergência, somente revogado pela Lei Constitucional 16, de 30.11.1945. Neste período, além da suspensão de garantias constitucionais, estabelecia o art. 170 que os atos praticados em virtude daquele estado de emergência não poderiam ser conhecidos pelo Poder Judiciário.

51. A Lei Constitucional n. 1, de 16.05.1938, emendou o art. 122, n. 13, da Constituição de 1937, porém, sem alterar a redação do princípio da irretroatividade da lei mais severa: *As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores.*

Com a redemocratização do Brasil, há o advento da Constituição de 18.09.1946, que aboliu a possibilidade de edição de decreto-lei e garantiu verdadeira separação entre os poderes do Estado.

Por outro lado, a nova Constituição restabeleceu expressamente o princípio da aplicação da lei mais benigna, em seu art. 141, § 29,[52] sem qualquer restrição à lei posterior mais favorável, fosse permanente, temporária ou excepcional. Assim, já em 1946 não havia ocorrido a recepção do art. 3.º, do Código Penal, que permitia a ultra-atividade da lei temporária ou excepcional mais severa.

Novo período de exceção é inaugurado pelo Ato Institucional n. 1, de 09.04.1964, através do qual se instala a ditadura militar, invocando-se o exercício do poder constitucional. Pelo seu art. 1º. foi mantida a vigência da Constituição de 1946, com as alterações que especificou, sem modificar, contudo, o dispositivo concernente ao princípio da aplicação da lei mais favorável.

Curiosamente, referido ato institucional pode ser exemplo de norma temporária, porquanto seu art. 11 estabeleceu que entrava em vigor desde a sua data, até o dia 31.01.1966, data que previu para posse do Presidente e do Vice-presidente da República, que seriam eleitos em 03.10.1965. Portanto, se tiver natureza de norma jurídica poderá referido ato institucional ser classificado como lei temporária. Este exemplo já serviria para indicar a natureza ditatorial ou antidemocrática das referidas leis temporárias, que afrontam a estabilidade das relações jurídicas e são circunstanciais. Transportada a análise para leis temporárias de natureza penal, ficam evidentes os riscos que representam para o estado de direito democrático.

Durante a ditadura militar instalada em 1964, ressurgiu no ordenamento jurídico a possibilidade de edição de decreto-lei,[53] que foi mantido até na

52. Estabelecia referido dispositivo constitucional que *A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu.* (sem destaque no original).

53. O Ato Institucional n. 2, em seus arts. 30 e 31, § 1.º., criou a possibilidade de edição de atos complementares ou de decretos-leis. Também este ato previu seu termo final, no art. 33, ou seja,

Emenda Constitucional 1/1969,[54] somente revogada pela Constituição Federal de 1988.

Com o advento da Constituição de 24.01.1967, o art. 150, § 16, que tratava da instrução criminal contraditória, determinava que deveria ser observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, exceto quando referida lei agravasse a situação do réu.[55]

Embora referida norma constitucional não seguisse a fórmula genérica e usual do princípio da irretroatividade da lei mais severa, o dispositivo da Constituição de 1967 estabeleceu expressamente o princípio da ultra-atividade da lei mais benigna ao lado do princípio da anterioridade da lei penal, impedindo a retroatividade da lei nova mais severa.

Ao estabelecer a ultra-atividade da lei anterior, exceto quanto agravasse a situação do réu, sem fazer qualquer distinção entre leis permanentes, temporárias ou excepcionais, a Constituição de 1967 também mostrou-se incompatível com a aplicação do art. 3.º do Código Penal, quando a lei nova de qualquer natureza fosse mais benéfica que a anterior.

Mesmo durante a ditadura militar[56] o art. 3.º do Código Penal não recebeu a chancela constitucional para continuar sendo exceção ao princípio da aplicação da lei mais benéfica. Se não havia sido recepcionado pela Constituição de 1946, também não era compatível com a Constituição de 1967.

entrou em vigor em 27.10.1965, prescrevendo sua vigência até 15.03.1967. A partir de então surgiram vários decretos-leis editados pelo Presidente da República com normas de natureza penal, até em função de que a Constituição de 1967 incorporou o decreto-lei no processo legislativo, bastando destacar: DL 16/1966; DL 70/1966; DL 73/1966; DL 157/1967; DL 167/1967; DL 201/1967; DL 211/1967; DL 221/1967; DL 288/1967; DL 368/1968; DL 413/1969; DL 422/1969; e, DL 756/1969.

54. Art. 46, V, da EC 1/1969.

55. Dizia referido dispositivo que *A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.*

56. Em referido período anti-democrático e ilegítimo, além da suspensão dos direitos políticos, cassação de mandatos, cargos e funções pública, desaparecimento de presos políticos, supressão das garantias constitucionais, chegou-se a impedir a apreciação pelo Poder Judiciário das lesões de direito cometidas, por força dos atos institucionais, ou mesmo a concessão de *habeas corpus*.

O regime ditatorial pode ser pródigo em exemplos de leis temporárias ou excepcionais, porquanto estas são de cunho anti-democrático. Mantidas as devidas proporções, pode-se apontar como norma excepcional o Ato Institucional n. 12, de 31.08.1969. Referido ato institucional não estabeleceu seu *dies ad quem* de vigência, mas, sim, determinou que o Brasil seria governado por uma junta militar, enquanto o Presidente da República, Marechal Arthur da Costa e Silva, permanecesse com impedimentos decorrentes de motivos de saúde. Fixou em seu art. 4.º que, cessado tal impedimento, o Presidente da República reassumiria as suas funções plenamente.

A EC 1, de 17.10.1969, trouxe pequena alteração de redação, em relação ao princípio da ultra-atividade da lei anterior mais benigna, segundo a Constituição de 1967. Estabeleceu em seu art. 153, § 16, que *A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.*

Fica evidente a ultra-atividade da lei anterior, desde que a lei nova não seja mais favorável, prescindindo-se de qualquer distinção entre lei penal permanente, temporária ou excepcional. O referido dispositivo constitucional não restringiu a aplicação da lei nova mais benigna às hipóteses de sucessão de leis penais de mesma natureza, quanto à sua duração (permanente, temporária ou excepcional). Desta maneira, também sob a égide da Emenda Constitucional 1/1969 ficava impedida a aplicação do art. 3.º do Código Penal, havendo lei nova mais favorável ao réu.

Contudo, o regime ditatorial nem sequer seguiu as diretrizes constitucionais impostas e, pelo Dec.-lei 1.004, de 21.10.1969, outorgou o Código Penal de 1969, acolhendo o princípio da retroatividade da lei mais benigna, em seu art. 2.º, § 1.º, mas estabelecendo a exceção da ultra-atividade da lei excepcional ou temporária, mais severa em seu art. 4.º, determinando que: *A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.*

A reforma da parte geral do Código Penal, trazida pela Lei 7.209, de 11.07.1984, estabelecendo a reforma atual do art. 3.º, do Código Penal, não observou os limites constitucionais, então vigentes, conquanto a respectiva exposição de motivos afirmasse o contrário no item 9, no sentido de que permanecia fiel ao critério da lei mais benigna, ampliando as hipóteses contempladas, para abranger a garantia assegurada pelo art. 153, § 16, da Constituição Federal de 1969, inclusive salientando expressamente que pretendia resguardar a aplicação da *lex mitior* de qualquer caráter restritivo, no tocante ao crime e à pena. Com efeito, a reforma manteve a redação original do art. 3.º, do Código Penal de 1940, repetindo que: *A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.*

Com a EC 26, de 27.11.1985, foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte e foi estabelecida a anistia aos crimes políticos e conexos, durante a ditadura militar.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, referido art. 3.º, do Código Penal, uma vez mais encontrou óbice constitucional para sua recepção. Conquanto não tenha sido objeto de declaração de inconstitucionalidade, até por falta de questionamento diante de caso concreto, certo é que o Supremo Tribunal Federal não tem admitido o debate na via direta sobre a recepção de norma infraconstitucional, editada sob a égide de Constituição Federal anterior.

Na doutrina nacional, são poucos os estudiosos que se debruçaram sobre a matéria. Dentre os que afirmam a constitucionalidade do referido dispositivo penal, vale mencionar Antônio José Miguel Feu Rosa[57] que, invocando os ensinamentos de Nélson Hungria reduz o debate a mera questão de técnica legislativa, destinada a disciplinar situações anormais externas à conduta delitiva, como condições de punibilidade ou de maior punibilidade. Aduz Feu Rosa que

57. *Direito Penal: Parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 154-5.

se as leis intermitentes não tivessem força para punir os fatos ocorridos enquanto eram obrigatórias, tornar-se-iam inócuas e ineficazes. Admite, entretanto, que seja aplicado o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna da mesma natureza, quando ocorrer a sucessão de leis temporárias ou excepcionais.

Também posiciona-se nesta linha de pensamento doutrinário Cézar Roberto Bitencourt,[58] que se reporta à lição de Frederico Marques, no sentido de que a lei temporária ou excepcional apenas cederá sua aplicação aos fatos ocorridos sob sua vigência se também forem sucedidas por lei temporária ou excepcional mais benéfica. Entendem os referidos autores que a comparação entre as situações tipificadas por normas penais de natureza diversa, vale dizer, temporária ou permanente, impõe tratamento diferenciado, para manter a ultra-atividade da lei temporária mais severa que lei permanente posterior, porquanto as situações anômalas que justificaram a lei penal provisória não estariam presentes na legislação penal permanente.

Contudo, melhor é a corrente doutrinária inaugurada por Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli,[59] que expressamente atacam a constitucionalidade do art. 3.º, do Código Penal, afirmando que a exceção à irretroatividade legal que consagra a Constituição Federal, não admite exceções, possuindo caráter absoluto.

O princípio da retroatividade da lei mais benigna está definido na Constituição Federal de 1988, como exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal, porquanto favorece o réu. Entretanto, apesar de apresentar-se como um princípio excepcional, está consubstanciado na expressão "salvo para beneficiar o réu", sem qualquer restrição.

Inexistindo referência à natureza da lei penal, se permanente ou temporária, mencionando o art. 5.º, inc. XL, Constituição Federal de 1988, apenas "lei pe-

58. *Manual de direito penal: Parte geral.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 141.

59. *Manual de direito Penal: Parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 232.

nal", urge a retroatividade de qualquer lei penal mais benigna ao réu, não importando se a sucessão das leis penais envolve lei temporária ou permanente. Portanto, o art. 3.º, do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, isto se não houvesse contrariado a Constituição Federal de 1969, como acima apontado.

5. Jurisprudência

Alguns acórdão foram pesquisados e selecionados para permitir identificar a aplicação jurisprudencial do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, no Brasil, como seguem.

Penal. Pena acessória. Perda da função pública. Retroatividade da lei mais benigna. (Lei 7.209/84). – A lei manda cessar a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Lei n. 7.209/84, art. 2., par-único). – Estando exaurida a execução da pena por inteiro não cabe aplicar o benefício. (precedente do STF, RE 100.530, RTJ 122/222). – Pressupostos constitucionais de admissibilidade do Recurso Especial (CF, Art. 105, III, 'A' e 'C') não demonstrados. – Recurso especial não conhecido. (STJ Acórdão RIP: 00004407 Decisão:15.08.1990 – Proc: REsp 0003051 Ano: 90 UF:SP Turma: 05 Recurso especial – DJ data:10.09.1990 PG:09132 – RSTJ VOL.: 00020 PG:00268. MIN: 1074 – Ministro Edson Vidigal)

Crime contra a economia popular – Venda de produto essencial por preço superior ao da tabela oficial – Alteração desta durante o curso da ação penal – Pretendida aplicação da lei nova mais benigna – Inadmissibilidade – Hipótese de ultratividade de lei temporária (TAMG – RT 592/382)

Prisão albergue – Indeferimento – Regime incompatível com a condição de traficante – Proibição de recorrer em liberdade – Art. 35, da Lei 6.368/76 – Lei 1.819/78, que regulamenta a prisão albergue no Estado de São Paulo, inaplicável, pois não tem características ultrativas, vigorando, ademais, a Lei 6.368/76 que é excepcional – Art. 3.º do Código Penal – Agravo provido par impor à ré o regime fechado. (Relator: Fortes Barbosa – Agravo 108.412-3 – São Paulo – 26.08.91)

Juizado Especial Criminal – Suspensão do processo – Pedido do réu – Admissibilidade – Regra de direito material – Aplicação do princípio da retroatividade da lei penal favorável – Dever do juiz de propô-la de ofício – Inteligência do artigo 89 e seus parágrafos da Lei n. 9.099/95 – Julgamento convertido em diligência. (Apelação Criminal n. 162.180-3 – São Paulo – 2ª Câmara Criminal – Relator: Silva Pinto – 18.12.95 – V.U.)

Lei penal – Retroatividade – Remição da pena com retroação a período anterior à Lei 7.210/84, que instituiu o benefício – Admissibilidade – Norma de Direito Material, embora inserida na fase de execução, sujeita, portanto, ao princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica – Aplicação do art. 2º, parágrafo único, do CP (TJSP – RT 631/298)

Lei penal – Irretroatividade – Remição da pena com retroação a período anterior à Lei 7.210/84, que instituiu o benefício – Inadmissibilidade – Norma que não é de Direito Material, mas simples mecanismo de política criminal inserido na execução da pena, não sujeita, portanto, ao princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica – Inaplicabilidade dos arts. 153, § 16, da CF e 2.º, parágrafo único, do CP – Voto vencido (TACrimSP – RT 631/322)

Lei penal mais benigna – Retroatividade – Não sujeição ao período de "vacatio legis" – Eficácia cogente e imediata do dispositivo beneficiador, a teor dos arts. 5º, XL e § 1º, da CF e 2.º do CP – Incidência do princípio constitucional da benignidade em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que, em confronto com o Código de Menores, possui todas as características de "lex mitior" – Aplicação imediata de seu art. 121 e §§ 3º, 4º e 5º, que dispõem sobre liberação do internado, revogadores do art. 41, § 4.º, última hipótese, da Lei 6.697/79, ainda que sustadas suas regras gerais em razão do "tempus vacationis" (TARS – RT 667/330)

Juizados Especiais Criminais – Transação penal – Aplicação imediata de pena não privativa de liberdade – Lei penal no tempo – Princípio da retroatividade benéfica – Inteligência dos arts. 76 e 89 da Lei 9.099/95 (TACrimSP – RT 728/453 e 455)

Juizados Especiais Criminais – Transação penal – Aplicação imediata de pena não privativa de liberdade – Lei penal no tempo – Princípio da retroatividade benéfica – Inteligência dos arts. 5º da CF, 76 e 89 da Lei 9.099/95 (TACrimSP – RT 728/458)

Suspensão condicional do processo – Aplicação imediata da norma – Retroatividade benéfica – Direito público subjetivo do réu – Incidência aos processos em andamento – Iniciativa da proposta – Inteligência dos artigos 89 e 90 da Lei 9.099/95, artigo 2º parágrafo único, do Código Penal e artigo 5º, XL, da Constituição Federal. Ao preceituar acerca da suspensão do processo, o artigo 89 da Lei 9.099/95 dispõe de imediata aplicação, visto instituir nova causa extintiva de punibilidade, até mesmo sem condenação do réu, a quem por isso se confere inquestionável direito público subjetivo. Por força do princípio da retroatividade benéfica, excluídos os definitivamente julgados, todos os demais processos são passíveis de suspensão condicional, inclusive os que tiverem instrução iniciada antes da vigência da citada lei e os que ainda tramitam em grau de recurso. Se o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, deixar de propor a suspensão do processo, facultar-se-á ao réu solicitá-la diretamente do juiz que, por sua vez, não está impedido de promover o respectivo incidente. (Apelação Criminal n.º 197.997-3 – São Paulo – 3ª Câmara Criminal – Relator: Gonçalves Nogueira – 05.03.96 – V.U.)

Ação direta de inconstitucionalidade – Medida cautelar – Número: 1719 – Data Julgamento: 1997/12/03 – EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Argüição de inconstitucionalidade do artigo 90 da Lei 9.099, de 26.09.95, em face do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna (art. 5º, XL, da Carta Magna). Pedido de liminar. – Ocorrência dos requisitos da relevância da fundamentação jurídica do pedido e da conveniência da suspensão parcial da norma impugnada. Pedido de liminar que se defere, em parte, para, dando ao artigo 90 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, interpretação conforme à Constituição suspender "ex tunc", sua eficácia com relação ao sentido de ser ele aplicável às normas de conteúdo penal mais favorável contidas nessa Lei. (Votação: Unânime. Reqte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Reqdo.: Presidente da República – Reqdo.: Congresso

Nacional – Publicação: DJ DATA: 27.02.98 PP–00001 Ement VOL–01900–01 PP–00001 – Relator: Min. Joaquim Barbosa – STF – Tribunal Pleno)

6. Conclusão

A maior parte da doutrina brasileira tem se esforçado para sustentar a constitucionalidade do art. 3.º, do Código Penal brasileiro em vigor, a despeito de referido dispositivo legal ser incompatível com o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, consagrado na Constituição Federal de 1988, assim como em constituições brasileiras anteriores e nas constituições de outros Estados.

Em matéria penal, o princípio da retroatividade da lei mais benigna tem sido estabelecido como exceção à irretroatividade da lei penal, sem com isso significar que se restringiria à sucessão de leis penais de mesma natureza, permanente e temporária, notadamente por inexistir tal restrição nos textos constitucionais que lhe guindaram ao ápice da pirâmide kelseniana.

7. Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Manual de direito penal: Parte geral.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1 a 6.

ITÁLIA. Constituição de 1º. de janeiro de 1948. Disponível em http://www.camera.it/index.asp. Acesso em jun.2001.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal:* Filosofia y lei penal. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1992. t. II.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal:* parte geral. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDONÇA, Maria Luíza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: A irretroatividade da lei tributária.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: Evolução histórica.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito penal: Parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11.7.1984.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal.* Tradução da 20ª ed., por Luis Jimenez de Asúa. 2ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1927. t. II.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1995. t. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal

Santiago Mir Puig

Catedrático de Direito penal
na Universidade de Barcelona.

Tradução
Ricardo Breier

Professor de Direito Penal – Feevale/RS.
Advogado Criminal.

Sumário: 1. Origens teóricas do conceito de imputação objetiva – 2. Imputação objetiva, imputação subjetiva e imputação pessoal ou individual – 3. Aplicação da imputação objetiva – 4. Pressupostos do conceito de imputação objetiva – 5. Conclusões.

Resumo: A teoria da imputação objetiva vem sendo, nos últimos tempos, referenciada pela doutrina penal. O texto neste sentido analisa o significado da palavra imputação e sua linguagem jurídico-penal através dos indicativos científicos das teorias da ação (causal, finalista e social). O alcance da teoria da imputação objetiva nos seguimentos da teoria do delito vem sendo o indicativo para o real limite da responsabilidade pessoal.

Palavras-chave: Imputação – Imputação objetiva – Limite causal – Responsabilidade pessoal.

1. Origens teóricas do conceito de imputação objetiva

1.1 O termo 'imputação' é um dos mais representativos da linguagem em que se expressa a atual teoria jurídica do delito. Por exemplo, na doutrina penal alemã, autores de orientações tão diferentes como Roxin, Jakobs e Hruschka situam este conceito no centro de suas obras.[1] Entretanto, isto não foi sempre assim. Após haver ocupado um lugar central na doutrina do iusnaturalismo racio-

1. À parte de haver sido Roxin o principal promotor da teoria da imputação objetiva há trinta anos, tanto a ação, como a parte objetiva e subjetiva do tipo, se concebe em seu Tratado desde a ótica da imputação: cfr. *Derecho penal, Parte general, I, traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, 1997, pp. 7 s., 265, 342 ss., 412 ss.* Jakobs subtitula em seu *Derecho penal, Parte General (traducción de Cuello Contreras y González de Murillo, 1995, "Fundamentos y teoría de la imputación"*. De Hruschka (que já em 1976 publicou seu livro Strukturen der Zurechnung) pode ver-se em espanhol: *Regras de comportamento e regras de imputação,* tradução de Baldó, em ADPCP 1994, pp. 344 ss. Entre os autores alemães cabe destacar também pela importância central que outorgam ao conceito de imputação a Rudolphi (já desde a primeira edição do *Systematischer Kommentar zum StGB*, antes do § 1; em espanhol no trabalho deste autor "*O fim do Direito penal do estado e as formas de imputação jurídico-penal*", no livro apresentado, traduzido e anotado por Silva Sánchez e coord. por Schünemann, *O sistema moderno do Direito penal: questões fundamentais*, 1991), Wolter (primeira e fundamental obra foi *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, 1981*; em espanhol ver seu trabalho *Imputação objetiva e pessoal a título de injusto...*, no livro traduzido por Silva acabado de citar), W. Frisch (especialmente na sua obra *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1989*; em espanhol ver seu livro *Tipo penal e imputação objetiva*, que, sob a direção de Bacigalupo, reúne vários trabalhos traduzidos por Cancio, Da Gándara, Jaén y Y. Reyes, 1995) e Achenbach, que destacou a conveniência de substituir o termo 'culpabilidade' como categoria do delito pela expressão 'imputação individual' (o sustentou já em sua obra primeira e básica, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974;* em espanhol ver seu trabalho *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*, en el libro coordinado por Schünemann y traducido por Silva, pp. 134 ss.

É notório que o conceito de imputação também estendeu-se na doutrina espanhola e latino-americana. À parte da importância especial que corresponde neste ponto a Gimbernat Ordeig, cuja adiantada contribuição contempla-se amplamente *infra*, só mencionarei aqui os livros de Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, y de Yesid Reyes, *Imputación objetiva, Bogotá*, 1994. Sobre a recepção da teoria da imputação objetiva pela jurisprudência espanhola a partir da STS de 20.05.1981 cfr., Luzón Peña, *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto*, en Actualidad Jurídica 1981, pp. 78 ss., e no mesmo, *Derecho penal de la Circulación*, 2ª ed. 1990, pp. 31 ss. (neste livro Luzón inclui outros trabalhos que refletem sua posição sobre a teoria da imputação objetiva: assim, ver pp. 81 ss. e 105 ss.). Em conta de uma teoria geral da imputação objetiva, por entender que cada conduta típica tem suas exigências particulares e é irreconduzível a um gênero comum de "conduta típica", Vives Antón, *Fundamentos del sistema penal*, 1996, pp. 305 ss., 309.

nalista do século XVIII,[2] nos penalistas hegelianos do século XIX,[3] dito termo (imputação) caiu em desuso[4] na Alemanha nas duas últimas décadas do mesmo século por conseqüência do naturalismo positivista, que se estendeu na doutrina alemã através da influência do Tratado de von Liszt.[5] Este enfoque naturalista, que evitava conceitos valorativos, preferiu destacar o conceito de *causalidade* como espinha dorsal do delito, que se situou no terreno do empírico, como causa de uma modificação do mundo exterior causada, a sua vez, por um impulso voluntário. A reorientação ao *significado valorativo* dos conceitos jurídico-penais que o neokantismo impôs entre as duas guerras mundiais, não alcançou a causalidade a ponto de deslocar sua posição de preeminência na teoria do delito, mas fundamentou as bases metodológicas que, muito mais tarde, desde os anos sessenta, permitiram o ressurgir da idéia de imputação na literatura jurídico-penal. A doutrina final da ação desenvolvida por Welzel desde os anos trinta, ainda que se opusesse radicalmente ao causalismo, não o combateu no âmbito do tipo objetivo, senão desde a teoria da ação. Isso contribuiu a manter a discussão sobre as limitações da causalidade em um terreno *ontológico* prévio à valorização jurídica.

Recordemos brevemente esta evolução. Já a princípio do século e até os anos trinta o enfoque em direção ao sentido valorativo das categorias do delito conduziu a numerosos penalistas (alguns tão importantes como Sauer [1912, 1921], Radbruch [1904] ou Engisch [1930, 1931]) a advertir que os resultados

2. Sobre a importância de Pufendorf na elaboração do conceito iusnaturalista de imputação ver Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, reimpresión de 1985, p. 84, e Hruschka, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf*, en ZStW 96 (1984), pp. 661 ss. Hruschka, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, trad. de Baldó Lavilla, en ADPCP 19994, pp. 344 ss., destaca também a contribuição de Daries à distinção que se efetuava no século XVIII sobre *imputatio facti* e *imputatio iuris*.

3. Ver, por ex., o importante Tratado de Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1857.

4. Só se manteve o termo "imputabilidade" (em alemão "*Zurechnungsfähigkeit*"), já não para expressar um elemento necessário para o injusto, senão para o parágrafo posterior da teoria do delito destinado à "culpabilidade", e não com referência ao fato, senão à capacidade mental de seu autor.

5. Sua primeira edição apareceu em 1881 com o título *Das deutsche Reichsstrafrecht*.

imprevisíveis deviam excluir-se do delito, não porque não foram *causados* pela conduta do autor, contra o que sustentava a teoria da causalidade adequada, senão pela impossibilidade de desvalorizar *jurídico-penalmente* tais processos, pois neles faltava era sua antijuridicidade ou inclusive sua própria tipicidade.[6] Isso foi a base teórica que levou Mezger a formular sua "teoria da relevância" que viu na adequação uma exigência imposta pelo tipo.[7] O conceito de "imputação objetiva" nasce neste clima, em 1927, embora que por obra de um civilista hegeliano, Larenz,[8] e já em 1930 Honig o propôs para o Direito penal.[9]

Também foi este ambiente cultural de superação do naturalismo e apelação ao sentido valorativo, que proporcionou o surgimento do finalismo de Welzel. É significativo o próprio título do escrito de habilitação de Welzel: "Naturalismo e Filosofia dos Valores em Direito Penal".[10] No entanto, posteriormente foi acentuando Welzel o papel fundamental do que denominou "estruturas lógico-objetivas" historicamente invariáveis, natureza que atribuiu aos dois pilares básicos de sua concepção do delito: a essência final da ação humana e a liberdade de vontade, como poder atuar de outro modo. Sobre a primeira edificou o injusto; sobre a segunda, a culpabilidade. Esta fundamentação ontológica do injusto sobre o conceito final de ação trasladou o debate sobre os limites do pensamento causalista a este terreno da ação. Autores partidários de superar o naturalismo desde uma visão valorativa da antijuridicidade, porém contrários a aquele conceito final, como Eberhardt Schmidt (1939), Maihofer (1953, 1961) e o próprio Engisch (1944),

6. Ver, amplamente, Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, 1966, reimpresión de 1990, pp. 60 ss.

7. Mezger, *Tratado de derecho penal*, trad. de la 2ª ed. Alemana y notas de Derecho español de Rodríguez Muñoz, I, 1935, pp. 221 ss.

8. Cfr. Larenz, *Hegelszurechnungslehere und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, reimpresión de 1970.

9. Cfr. Honig, *Kausalität und objektive Zurechnung*, en Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pp. 174 ss.

10. Welzel, *Naturalismus und Werthphilosophie im Strafrecht*, 1935.

enfrentaram o conceito final de ação mediante *outro* conceito, o conceito social de ação.[11] Esses autores transladaram a necessidade de previsibilidade objetiva do resultado, entendendo, por exemplo, que condutas como a de enviar alguém ao bosque, em um dia de tormenta, e o mesmo ser atingido por um raio, não tem o sentido social objetivo de uma "ação de matar", ainda que um raio de fato dê morte àquela pessoa. Isso atrasou, sem dúvida, o desenvolvimento da teoria do tipo que determinaria a teoria da imputação objetiva na doutrina penal alemã nos os anos setenta.

No entanto, no início dos anos sessenta, o penalista espanhol Gimbernat denunciou como errônea a localização sistemática do problema das causas imprevisíveis no âmbito da ação. Tanto a teoria final como a teoria social da ação "atribuem – escrevia Gimbernat – ao conceito da *ação* – substituindo assim o dogma causal pelo da ação – a missão que antes se havia encomendado ao conceito de *causa*: a determinação da ação típica. No entanto, as teorias da ação cometem os mesmos erros do que da teoria da causalidade; o que não deve surpreender: os dois grupos de teorias descansam sobre a mesma idéia inexata. Onde já fracassou o conceito ontológico (o da causalidade), não pode dar resultados positivos da mesma natureza (o da ação), já que centro de gravidade do tipo, que pressupõe uma valorização, pode ser apenas um conceito normativo".[12] Uns anos antes que Gimbernat, em 1957, Hardwig havia visto na "imputação objetiva" um conceito desta natureza, que a seu juízo permitia excluir o tipo de injusto quando o resultado causado era imprevisível.[13] Gimbernat preferiu falar de "Reprovação Objetiva",[14] talvez porque o conceito de imputação objetiva havia sido inicialmente introduzido por Larenz e, para o Direito Penal, por Honig e Helmuth Mayer,

11. Ver Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados* cit., pp. 78 s.

12. Cfr. Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados* cit., p. 111.

13. Assim o reconhece o próprio Gimbernat, *Delitos cualificados*, cit., p. 86, onde cita no sentido do texto a Hardwig, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957, pp. 9, 90, 153, 175 ss.

14. Ver Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados* cit., pp. 107 s.

não como um elemento do injusto, senão como exigência do conceito prévio de ação.[15] Em qualquer caso, a fundamentação dogmática que o autor espanhol fez de seu conceito de "reprovação objetiva" situou o problema nos termos mais consolidados da atual teoria da imputação objetiva: i) a exclusão dos resultados imprevisíveis não podem ser objetivamente desvalorizados como antijurídicos, porque o Direito não pode razoavelmente esperar que uma pessoa prudente evite aquilo com o que não pode contar;[16] ii) como não são típicas as ações que produzem efeitos imprevisíveis, como aquelas que, inclusive sendo perigosas, estão cobertas pelo risco permitido; iii) por isso, a inobservância da diligência devida é um elemento do injusto típico não só nos delitos imprudentes, senão também nos dolosos;[17] iv) além da infração do dever de diligência e da causa do resultado típico, o tipo requer que o resultado seja precisamente um dos que a norma quer impedir (o fim de proteção da norma como critério de imputação).[18]

Tampouco foi um finalista, senão um autor de raízes neokantianas, Roxin, quem haveria de desenvolver – sobretudo desde 1970, seguindo expressamente o estabelecimento proposto em 1930 por Honig[19] e difundir mais que ninguém na doutrina penal a teoria da imputação objetiva. Segundo Schünemann, discípulo de Roxin, a orientação teleológica ou funcional que este último autor iniciou e que caracterizou a doutrina penal quase trinta anos, "se caracteriza por um total afastamento do raciocínio lógico-objetivo do finalismo e deve contemplar-se como um *desenvolvimento ulterior do neokantismo*. Com efeito, o moderno pensamento

15. Así Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados* cit., pp. 77 s.

16. Cfr. Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados* cit., pp. 108 s. No mesmo sentido, utilizando já a expressão 'imputação objetiva', Gimbernat Ordeig, ¿Qué es la imputación objetiva?, en *Estudios penales y criminológicos*, X, 1987, pp. 181 s.

17. Cfr. Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados* cit., pp. 155 ss.

18. Cfr. Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados* cit., pp. 140 ss.

19. Vid. *supra* nota 9. Em 1970 apareceu o trabalho de Roxin, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, aparecido, significativamente, no Livro-Homenagem a R. Honig, Festschrift für R. Honig, 1970, pp. 132 ss.

teleológico tem em comum, com aquela corrente, a dedução dos diferentes níveis sistemáticos dos valores e fins que desempenham o papel reitor".[20]

Entretanto, o neokantismo não foi à única base teórica da teoria da imputação objetiva. Por hora, já recordei mais acima que a primeira formulação histórica da teoria da imputação objetiva, com este nome, teve lugar em 1927 para o Direito Civil e por um civilista de orientação *hegeliana*, Larenz, que expressamente elaborou aquele conceito desde a concepção de Hegel da imputação.[21] E outro hegeliano declarado, Hellmuth Mayer, partiu do mesmo fundamento filosófico para incluir já em 1936 a imputação objetiva entre as bases do sistema de seu Tratado.[22] Finalmente, a fundamentação hegeliana voltou a reaparecer com força nas obras de Jakobs[23] e de seu discípulo Lesch. Por outra parte, o mesmo Jakobs chama também a atenção sobre a *teoria da adequação social* de Welzel como precedente da teoria da imputação objetiva.[24]

Em realidade há algo de comum nas origens teóricas do conceito de imputação objetiva: tanto o neokantismo, como o regresso a Hegel, como a filosofia fenomenológica de Husserl, foram manifestações que se produziram num mesmo espaço, a Europa continental, e numa mesma época, a primeira metade do século XX, que reacionou o naturalismo positivista e reclamou um regresso à filosofia. Apesar de suas diferenças, todas as direções indicadas coincidem em pretender *ir mais além* da *descrição* científica de fatos físicos para anuir à *compreensão do sentido* de tais fatos. O conceito de imputação objetiva se apresentou, então,

20. Cfr. Schünemann, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, en el mismo (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, introducción, tradución y notas de Silva Sánchez, 1991, p. 67.

21. Ver *supra*, nota 8.

22. Ver Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados* cit., pp. 77 s.

23. Ver especialmente Jakobs, *El concepto jurídico-penal de acción*, trad. de Cancio, en Jakobs, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 101 ss.

24. Ver Jakobs, Estudios cit., pp. 113 s. Entre nós, desenvolveu esta idéia Cancio Meliá, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social, Teoría final de la acción e imputación objetiva*, Bogotá, 1994, pp. 54, 65 s.

como instrumento adequado para expressar o sentido não naturalístico da ação, primeiro e do fato típico, posteriormente.

1.2 Porém, o significado lingüístico da palavra 'imputação' expressa um juízo de *atribuição* originado pelo homem (intersubjetivamente, quer dizer, socialmente), que reflete algo previamente dado. O termo (imputação) encaixa melhor numa gnosiologia subjetivista como a kantiana,[25] que em sua filosofia pretende captar idéias ou essências objetivas. E, por outra parte, aquele significado *adscriptivo* do termo 'imputação' vem bem à *filosofia analítica*, que se foi estendendo na segunda metade do século XX, porque sublinha a distinção fundamental, nesta orientação filosófica, entre a "descrição" e a "prescrição", entre o ser e o dever-ser. A filosofia analítica renuncia à busca de essências e se limita à análise da linguagem, entendendo a este como uma convenção contingente (não necessária) que *atribui* seu sentido às palavras e aos conceitos expressados por estas (que não pré-existem objetivamente a elas). Por esta ótica, mediante as palavras *imputamos* sentido às coisas. Esta imputação se efetua em cada um dos níveis em que se emprega a linguagem, posto que existem diversos usos sociais da mesma. O uso jurídico da linguagem não coincide por completo com outros usos sociais não jurídicos, e inclusive dentro da linguagem jurídica podemos distinguir distintos usos conforme o ramo do Direito de que se trate ou, inclusive, segundo a instituição a que pertencemos. Assim, como os significados ordinários da linguagem são atribuídos pela sociedade em geral ou por determinados subsistemas sociais, o sentido dos termos jurídicos é atribuído pelos que integram o subsistema jurídico

25. De fato Kant concebeu a imputação claramente no sentido indicado de juízo que efetua um sujeito que julga: "*Imputação (imputatio)* em sentido moral é o juízo por meio do qual alguém é considerado como autor *(causa libera)* de uma ação, que então se chama ato *(factum)* e está submetida às leis; se o juízo leva consigo. Por sua vez, conseqüências jurídicas do ato, é uma imputação judicial *(imputattio iudiciaria)*, em caso contrário, só uma imputação ditaminadora *(imputatio diiudicatoria)*. A pessoa (física ou moral) competente para imputar judicialmente se chama juiz ou também tribunal *(iudex s. forum)*". Cfr. Kant, *La metafísica de las costumbres*, (1979) traducción de Cortina y Conill, 1989, § 227, p. 35. Sobre o conceito de imputação em Kant ver Modolell, *Fundamentos de la imputación objetiva*, tesis inédita, Universidad de Barcelona, 2000.

correspondente (em Direito Penal, pelos legisladores e pela doutrina jurídico-penal dos autores e da jurisprudência). Daí resultar inútil o esforço que durante longos anos ocupou os que pretendiam *encontrar* o verdadeiro conceito de ação, como único válido para a teoria jurídica do delito. Não há *um* conceito de ação (nem causal, nem final e nem social) que a doutrina jurídico-penal deva *respeitar*, pela simples razão de que é a doutrina jurídico-penal que (como sucede em cada nível social de linguagem) deve *atribuir* ao termo ação o sentido que lhe pareça preferido. Fará bem, então, em decidir a questão segundo as necessidades e objetivos do Direito Penal. O mesmo ocorrerá a respeito de cada uma das palavras que expressam as diferentes condutas típicas (como "matar", "apropriar-se", "lesionar", "falsificar" etc.). Não há uma essência do "matar" cujos limites devam ser *descobertos* pela dogmática penal, nem tampouco é vinculante para esta o sentido ou sentidos sociais ordinários de dito termo. A missão da doutrina e da jurisprudência penal é *imputar* ao verbo matar o sentido preferido para os fins do Direito Penal.

1.3 Significa este entendimento que para a elaboração da teoria do delito não devem ser respeitadas as estruturas da realidade empírica? Significa que não se deve ter em conta nem sequer os sentidos sociais da linguagem ordinária não jurídica ou não jurídica-penal? Não.

1.3.1 O Direito só pode ter em conta as estruturas reais sobre as quais se queira ter alguma eficácia. Tinha razão Welzel ao considerar que o Direito deve respeitar estruturas antropológicas como a capacidade de antecipação mental de objetivos quando se dirige ao homem mediante normas. Sem dúvida, se o ser humano não tivesse capacidade de adotar ou de deixar de adotar decisões tendo em conta motivos normativos, seria inútil tratar de influir no comportamento humano mediante normas proibitivas ou preceptivas. Porém, adverte-se que a finalidade reguladora de condutas que concedamos ao Direito – uma questão jurídica, não ontológica – tem sua eficácia condicionada à existência daquela capacidade humana de ser motivado por normas. Em todo caso, a teoria da imputação objetiva partiu de fato dos limites do previsível por uma pessoa prudente à

hora de adotar decisões. Assim foi inclusive em alguém como Gimbernat que partiu de um enfrentamento aberto ao ontologismo de Welzel e que, no entanto, escreveu: "O Direito se dirige a homens e não a adivinhos. Declarar típica toda ação que produza um resultado prejudicial, inclusive quando este fosse imprevisível, significaria que a lei não tem em conta para nada *a natureza* de seus destinatários; pois uma característica do homem é precisamente a de que não pode prever mais que muito limitadamente as conseqüências condicionadas por seus atos. Vincular um juízo de valor negativo (o de antijuridicidade) à produção de um resultado que o homem prudente não pode prever seria desconhecer *a natureza das coisas* (mais concretamente: *a natureza do homem*)".[26]

De toda maneira, tomadas ao pé da letra, estas afirmações vão provavelmente demasiadamente longe. Se for certo que não tem nenhum sentido tratar de impedir que alguém deixe de causar resultados absolutamente imprevisíveis, por ele, proibindo-lhe causar tais resultados (salvo que se lhe proibisse *toda* conduta) também é um fato que os resultados que normalmente se qualificam de imprevisíveis em realidade não o são de forma absoluta. Não é de todo impossível prever que um empurrão cause a morte de alguém, posto que a experiência mostra que de vez em quando algum empurrão causa a morte de alguma pessoa. Em realidade, quase tudo o que consideramos produto casual de uma conduta humana sucedeu, já em casos anteriores, de forma mais ou menos parecida, pelo que poderíamos prever que voltasse a ocorrer. Outra coisa é concordar que o Direito Penal *não deve* estender a grave qualificação de injusto penal a condutas que inclusive uma pessoa prudente e respeitosa do Direito não deixaria de realizar por uma remota possibilidade de que resultassem lesivas. Porém, esta é uma *eleição* político-criminal, ainda que certamente tenha em conta o dado de que é o que de fato prevê ou não prevê as pessoas prudentes e o admita como normativo. Neste último influi, sem dúvida, a consideração político-criminal de que o Direito Pe-

26. Cfr. Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados* cit., p. 109 (os itálicos são meus).

nal – pelo menos num Estado democrático – há de respeitar as valorizações sociais e não deve castigar condutas que socialmente se consideram lícitas ou muito pouco graves, ou não deve associar a fatos levemente antijurídicos (como um empurrão) penas previstas para comportamentos muito mais graves (como o homicídio).[27] Sem dúvida, todo o âmbito do *risco permitido* fica excluído da imputação típica por uma ponderação político-criminal da utilidade social do setor de atividade de que se trata frente aos riscos que supõem, que leva a *decidir sobre a permissão* da atividade perigosa, incluída a que *ex post* resulte lesiva por razão precisamente do risco permitido.

Tudo isso se deve a eleições de política jurídica e não vêm *imposto* – ainda que condicionado – pelos limites da capacidade de previsão humana. Só assim se explica que outros setores do Direito, como o civil ou o administrativo, possam prever responsabilidade econômica para quem cause resultados lesivos por uma *culpa levíssima* que não seria suficiente para a responsabilidade penal, ou inclusive, para quem cause algum dano sem culpa no exercício de certas atividades perigosas, que se permita em troca, arcar com o dever de reparar economicamente o dano produzido (responsabilidade por risco).

1.3.2 Ainda que a comunidade jurídica tenha competência para destinar às palavras um significado especial, sem dúvida pode acolher o significado que tenham em seu uso comum. Em Direito Penal isso resulta não só possível, senão obrigado, quando não existe um uso jurídico específico imposto pela lei, pela tradição ou por um pacífico consenso de jurisprudência e doutrina (opinião dominante).[28] Afastar-se do sentido usual significaria uma ampliação do âmbito do punível. Assim segue da proibição, vinculada ao princípio da legalidade na aplicação da lei penal, de ir além do *sentido literal possível* de seus termos, ainda que a

27. Assim fundamento o princípio de proporcionalidade em Mir Puig, *Derecho penal*, 5ª ed., 1998, L 4/73-76, pp. 99 ss.

28. Sobre as funções fáticas e normativas da opinião dominante ver Puigpelat Martí, *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*, 1994.

analogia seja possível (proibição da *analogia in malam partem*). Por exemplo, antes da admissão expressa da comissão por omissão pelo art. 11 do Código Penal espanhol, não era admissível estender, em Direito Penal, o alcance semântico do verbo "matar", incluindo nele condutas que socialmente não cabem neste termo, como a de quem, sem ter nada a ver com a situação de perigo em que se encontra outro (sem estar em posição de garante), não lhe socorre e não impede sua morte; podia-se, por exemplo, considerar que os pais que deixavam morrer de fome a seu filho recém nascido o *matavam* e cometiam um delito contra a vida (porque socialmente se diz que neste caso os pais *matam* a seu filho), ainda que se admitisse que uma omissão nunca pudesse *causar*, em sentido estrito, um resultado positivo como a morte. A admissão legal expressa da comissão por omissão de delitos de resultado não deveria abandonar este princípio de não superação do sentido literal possível do verbo típico na linguagem ordinária – ainda que o art. 11 permita literalmente incluir nos tipos de resultados todas as omissões que correspondam à causa positiva do resultado típico, em certas condições que não incluem expressamente a de respeitar o alcance máximo da linguagem ordinária.

O princípio da legalidade não impede, por outro lado, que seja modificado o sentido comum das palavras empregadas pela lei penal. Através disso se *restringe* o alcance do punível e se atende melhor os fins do Direito Penal. É o que sucede quando a doutrina atual considera que não devem ser imputadas como típicas as condutas que *ex ante* não aumentem de forma relevante o risco de produção do resultado típico, ainda que *ex post* acabem causando-lhe. Assim, o empurrão que *a priori* não pareça que vir causar a morte da pessoa empurrada não deve ser considerado imputável como ação de "matar" uma pessoa, embora de fato cause a morte daquela pessoa. Ainda que o verbo "matar" possa ser utilizado na linguagem comum para casos como este (pode falar-se que quem empurrou "matou" o empurrado), é lícito entendê-lo de forma menos ampla, caso se admita que a finalidade das penas previstas para delitos contra a vida não seja castigar

simples empurrões. Estamos diante de uma *restrição teleológica* do sentido de um termo legal, permitida enquanto não prejudica, senão favorece o réu.

Em suma: a imputação objetiva supõe a *atribuição* de um sentido jurídico-penal específico aos temos legais que expressam a conduta típica, e não uma mera descrição do *verdadeiro* sentido de ditos termos. Em termos de filosofia analítica, a palavra 'imputação' pertence à linguagem prescritiva, não ao descritivo. Neste sentido, resulta reprovável conceber a imputação como uma forma de *averiguar* quando um resultado lesivo é *verdadeiramente* obra do autor de uma determinada conduta.

2. Imputação objetiva, imputação subjetiva e imputação pessoal ou individual

2.1 Em alguma medida, toda interpretação da lei supõe algum grau de imputação, como atribuição de significado,[29] em como a afirmação que cada uma das categorias dogmáticas do delito também encerra sua imputação. Porém, este sentido amplo do conceito de imputação, que alcança todo o labor da doutrina jurídica, enquanto não é meramente descritiva, deve diferenciar-se do sentido mais concreto que tem o termo 'imputação' quando empregado para expressar um elemento particular da teoria do delito como a imputação objetiva. Esta costuma referir-se ao tipo objetivo do delito. Mas não está claro o alcance que deva ter nem sequer neste âmbito. Literalmente poderia fazer-se coincidir com toda a afirmação do tipo objetivo, e então, incluiria a comprovação de todos os elementos do mesmo, inclusive dos específicos de cada tipo de delito, como o caráter de "documento público" requerido no delito de falsidade documental do art. 392 CP, ou o distanciamento da coisa nos delitos patrimoniais. Deve chegar-se a esta equiparação de imputação objetiva e imputação de todos os elementos objetivos do tipo?

29. Cfr. Vives Antón, *Fundamentos* cit., pp. 307 s.

A expressão 'imputação objetiva' se distingue da expressão 'imputação subjetiva' a referir-se a algo objetivo e não subjetivo, mas não aclara suficientemente o alcance do objetivo a que se refere. Sendo um conceito criado por juristas, seu preciso significado depende do sentido que os mesmos lhe derem. Seu primeiro criador, Larenz, o inventou para excluir do conceito de ação seus efeitos imprevisíveis, por entender que estes não podem considerar-se obra do autor da ação, senão obra do azar.[30] Uma primeira possibilidade é, pois, limitar o sentido da imputação objetiva à restrição do amplíssimo alcance da teoria da equivalência das condições. Neste sentido, a imputação objetiva viria a ocupar o espaço que, incorretamente, ocupava a teoria da adequação e se limitaria a oferecer um corretivo da causalidade. Porém, já os primeiros penalistas que desenvolveram o conceito para o Direito Penal não só exigiram para a imputação objetiva a criação de um determinado *grau* de risco, como também, que dito risco não fosse *permitido*. Isso levou a negar a imputação objetiva em casos em que o resultado produzido não era previsível, mas foi o produto de uma atividade lícita, por pertencer a um setor social perigoso, porém útil. Com isso se dá um passo importante na ampliação do alcance da teoria da imputação objetiva: esta se desvincula da previsibilidade, para remitir à idéia, que serve também de fundamento às causas de justificação, da ponderação de interesses em conflito (risco e utilidade social). Esta estabelece uma questão q*ualitativamente* distinta à de se o resultado pode imputar-se ao autor da conduta que o causa como obra sua.[31] Por esta via se abre o caminho à tendência atual de equiparar a imputação objetiva a toda imputação da parte objetiva do tipo.[32]

30. Cfr. Larenz, *Hegelszurechnungslehre* cit

31. O sublinha Paredes Castañón, E*l riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, pp. 49 ss.

32. Resume bem o estado desta questão Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 1998, pp. 62 ss., aludindo em especial a posições de Frisch e de Jakobs. Cfr. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva* cit. *supra* em nota 1., y Jakobs, *A imputação objetiva em Direito penal*, tradução de Cancio, Bogotá, 1994. Entre nós, defende uma concepção restritiva da teoria

No entanto, isso não contribui para uma clara diferenciação de exigências típicas que respondem a princípios distintos, como a relação de risco entre conduta e resultado e os demais elementos específicos de cada tipo penal, como o caráter de funcionário nos delitos de funcionários, o conceito de domicílio no delito de invasão a domicílio e outros como os mencionados mais acima. A expressão 'imputação objetiva' perde utilidade se equivale a outra já existente. Porém, há algum critério que permita fundamentar de forma convincente uma concepção da imputação objetiva, que se faça compatível com o seu significado específico inicial, vinculado à exigência de previsibilidade com seu necessário caráter normativo?

Creio que sim. A via oferece a comparação dos demais significados que correspondem aos contextos em que se usa o termo imputação (e o derivado seu 'imputabilidade') na teoria do delito. Como comecei por destacar ao princípio deste trabalho, assistimos a um renascimento do termo 'imputação', que se estendeu ao longo de toda a teoria do delito. Ainda que tal renascimento tenha começado com a teoria da imputação objetiva, seguiu com a crescente utilização das expressões 'imputação subjetiva' e 'imputação individual' ou 'imputação pessoal'. Fala-se de imputação subjetiva para indicar a afirmação do tipo subjetivo (que inclui o dolo nos delitos dolosos), e se emprega a expressão 'imputação individual' em referência ao apartado dogmático tradicionalmente designado com o termo 'culpabilidade'. Eu prefiro para este último a expressão 'imputação pessoal'.[33] Pois bem: o que tem de comum nestes usos da palavra 'imputação' é que expressam requisitos necessários para poder *atribuir* a um sujeito a lesão ou periclitação de um bem jurídico prevista em um tipo penal, e tais requisitos são necessários para estabelecer a *relação* que há de existir entre dita lesão ou periclitação e, em definitiva, *com o autor* de um delito. Este é o significado originário do termo 'im-

da imputação objetiva Luzón Peña, Derecho penal cit., p. 387 (embora admita que "também nos delitos de atividade há que exigir a adequação ou idoneidade da conduta como requisito típico").

33. Assim desde a 4ª ed., de 1996, de meu *Derecho penal, Parte general*, e em sua 5ª ed., 1998, L 5/12, pp. 111 e ss.

putação'. Recorde-se o famoso fragmento de Kant, segundo o qual "imputação *(imputatio)* em sentido moral é o juízo por meio do qual alguém é considerado autor *(causa libera)* de uma ação".[34] Tanto a imputação subjetiva como a imputação individual ou pessoal são necessárias para alguém ser considerado autor culpável de uma lesão ou perigo típico. A exigência básica de voluntariedade em todo comportamento humano como elemento mínimo de todo tipo, constitui o mínimo necessário para a imputação subjetiva do tipo imprudente (conexão subjetiva mínima entre a conduta e seu autor). Nos delitos dolosos a imputação subjetiva requer o dolo para poder imputar o tipo objetivo, previamente comprovado, ao conteúdo da vontade do sujeito, (conexão de vontade plena entre o tipo objetivo e seu autor), e a imputabilidade e demais elementos da imputação individual ou pessoal são necessários para poder imputar o fato antijurídico a seu autor como pessoa imputável que atuou em circunstâncias de normalidade motivacional (conexão entre o fato antijurídico e um autor culpado). Porém, tudo isso pressupõe que se possa estabelecer previamente uma determinada conexão entre a lesão ou perigo típico e a conduta do sujeito. Esta conexão é a que exige a imputação objetiva ao requerer uma determinada relação de risco.

A imputação objetiva, a imputação subjetiva e a imputação individual ou pessoal são três níveis necessários para que seja possível a completa imputação a um autor culpado. Imputar o delito em sua totalidade significa "culpar" alguém como seu autor. Os três níveis indicados de imputação (objetiva, subjetiva e pessoal) constituem exigências do *princípio de culpabilidade*,[35] entendido no sentido amplo que permite e aconselha este termo para servir de fundamento a todas as exigências que entranha a proibição de castigar a um inocente (não culpado) num Estado Social e Democrático de Direito garantidor da dignidade humana: o princípio de personalidade das penas, que impede fazer responsável ao sujeito por

34. *Vid. supra*, nota 26.

35. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal* cit., 5ª ed., L 5/6, p. 110. Considera também que a imputação objetiva é uma exigência do princípio de culpabilidade Roxin, Derecho penal, PG cit., § 7/56, p. 219.

delitos alheios (e que se corresponde com a exigência processual de necessidade de rebater a presunção de inocência mediante a prova de que o sujeito realizou materialmente o fato), o princípio de responsabilidade pelo fato, que expulsa a "culpabilidade pelo caráter" e o chamado "Direito Penal de autor", o princípio de dolo ou culpa e o princípio de imputação pessoal.[36] A imputação objetiva acrescenta outro aspecto ao princípio da culpabilidade ao exigir para todo delito, também para os dolosos, a classe de relação de risco entre o resultado típico e a conduta do sujeito que requer a imprudência nos delitos culposos, e oferece critérios que ajudam a delimitar melhor esta relação de risco. Isso tem que ver com a culpabilidade no sentido que condiciona a possibilidade de "culpar" uma pessoa prudente da causa do resultado típico. O momento da culpabilidade é "intersubjetivo". Toda culpabilidade tem algo de subjetivo, de conexão com um sujeito, mas neste primeiro nível o sujeito é imaginado normativamente e intersubjetivamente, como um modelo ideal de pessoa prudente. Requerer também nos delitos dolosos este momento de culpabilidade intersubjetiva é considerar, portanto, que não basta a intenção subjetiva se não for dirigida a um fato imputável intersubjetivamente. Temos como uma exigência conseqüente a exclusão do "Direito Penal de autor" e do princípio de impunidade dos pensamentos *(cogitationis poena nemo patitur)*, posto que supõem não considerar suficiente para imputar um resultado típico a vontade lesiva do sujeito se não se manifesta em uma conduta externa perigosa.

2.2 Porém, que os três níveis mencionados de imputação devam ver-se como aspectos da exigência de culpabilidade não significa que devam considerar-se necessariamente alheios ao injusto penal. De fato, tanto a imputação objetiva como a subjetiva, são consideras hoje, geralmente, como elementos necessários para a afirmação do tipo de injusto. Só a imputação individual ou pessoal pressupõe já a existência de um injusto penal. A *imputação objetiva e a subjetiva há de ver-se, pois, tanto como elementos do injusto como da culpabilidade* (não entendida

36. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, cit., L 4/63, pp. 95 e ss.

como categoria posterior à de antijuridicidade, senão como princípio geral que condiciona a atribuição de cada um dos níveis valorativos da teoria do delito e possibilita o passo seguinte, até chegar ao delito completo). Se a imputação objetiva e a imputação subjetiva são necessárias, por um lado, para poder vincular o autor ao resultado típico (aspecto de culpabilidade), também são necessárias para constituir o tipo do delito (aspecto de injusto). Quanto à imputação objetiva, isso é assim porque não é possível faltar aquela "recusa objetiva" a que aludia Gimbernat no fragmento mais acima citado, pela ausência do desvalor objetivo da conduta requerido pelo tipo (quando a conduta não parecia *ex ante* capaz de produzir o resultado típico), ou pela falta do desvalor de resultado típico (quando o perigo inerente à conduta não se realiza no resultado). Sem aquele desvalor da conduta, não há razão para desejar evitá-la desde o ponto de vista da proteção de bens jurídico-penais.[37] Se faltar a indicada relação entre o resultado e a conduta, aquele não é um dos resultados que se quer evitar como conseqüência da conduta indesejável. Quanto à imputação subjetiva, se não é possível imputar o tipo objetivo a dolo nem a um tipo imprudente, não se completa o tipo doloso ou imprudente correspondente.[38]

37. Assim já em Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho,* 1ª ed. 1979, pp. 60 e ss., ainda que desde uma identificação de antijuridicidade e antinormatividade que agora não mantenho. Destaca também que a exigência de uma determinada periculosidade na conduta não é só condição de imputação do resultado, como costuma entender-se, e sim elemento necessário para que a conduta possa considerar-se proibida, extraindo a conclusão de que a teoria da imputação objetiva há de ver-se em realidade como uma teoria da conduta típica, entendida como conduta proibida, W. Frisch, *Tatbestansnäßiges Verhalten* cit., pp. 67, 509 ss., y el mismo, *Tipo penal e imputación objetiva* cit., pp. 95 e ss. Pessoalmente distingo entre imputação da conduta e imputação do resultado, sublinhando seu distinto significado dogmático: Mir Puig, *Derecho penal,* PG cit., L 10/47 ss., pp. 231 e ss.

38. Sem uma mínima voluntariedade não é possível um comportamento humano típico. E se a gravidade do injusto se define em função da gravidade do ataque a um bem jurídico, o dolo acrescenta gravidade ao injusto porque aumenta a periculosidade da conduta para o bem jurídico e confere ao fato um significado de aberta oposição ao mesmo, característica que não tem a conduta imprudente: cfr. Mir Puig, *Lo objetivo y lo subjetivo en el injusto,* no mesmo, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho,* 1994, p. 185; el mismo, *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal,* en ADPCP 1994, pp. 13 e ss.; el mismo, *Derecho penal,* PG cit., L 6/54-57, pp. 141 e ss.

Há que abandonar, pois, a concepção de injusto e culpabilidade como dois aspectos do delito completamente separados, devendo examiná-los sucessivamente. Por isso é preferível não reservar o termo 'culpabilidade' para a imputação individual ou pessoal, que em realidade é só o terceiro elemento de imputação e, portanto, da culpabilidade, para culminar o processo que se inicia com a comprovação de um resultado típico imputável a uma conduta típica, imputável por sua vez a dolo ou culpa típicos.[39]

Isto não significa que o conceito de imputação deva acabar absorvendo todos os elementos do delito. Ainda que todos os elementos do delito sejam necessários para podê-lo imputar, antes de se estabelecer a questão de poder-se ou não imputar a um sujeito um fato negativo, há que se decidir se existe algo negativo a imputar em dito fato. Prévio ao princípio de culpabilidade, que exige a possibilidade de imputação, é o *princípio de lesividade*, que exige a afetação a um bem jurídico. A razão primeira pela qual se tipifica um fato como delitivo é que supõem uma lesão ou perigo de um bem jurídico não justificado pela necessidade de salvar outro bem jurídico preferente. Este conteúdo é a base primeira do desvalor objetivo do injusto. O tipo parte da exigência de um resultado (separado ou não da conduta) que lesiona ou põe em perigo um bem jurídico. As causas de justificação partem da concorrência de situações que fazem desaparecer o significado negativo do fato típico porque o fazem necessário para a defesa de outros bens jurídicos e princípios superiores. Nem o resultado típico nem os pressupostos das causas de justificação adquirem seu sentido valorativo originário da possibilidade de imputação (intersubjetiva, subjetiva ou pessoal). Pelo contrário, a imputação adquire seu caráter negativo do objeto último a que se referem todos seus níveis: a lesão ou perigo do bem jurídico não justificado.

2.3 A imputação objetiva e a imputação subjetiva não se limitam ao âmbito do tipo, senão que também devem estender-se ao nível da comprovação de

39. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal,* PG cit., L5/12, p. 111.

ausência de causas de justificação. Se a lesão típica há de poder imputar-se objetivamente a uma conduta perigosa e subjetivamente a dolo ou culpa do autor, também a ausência dos pressupostos típicos objetivos de uma causa de justificação há de poder-se imputar também a dolo ou culpa do autor. A ausência ou concorrência de uma causa de justificação supõe uma situação fática integrada por elementos distintos dos que dão lugar à situação típica. A afirmação da antijuridicidade ou a justificação não é só um juízo de valor referido ao fato típico e carente de pressupostos fáticos distintos aos do tipo, senão que depende também de outros elementos situacionais integrados pela ausência ou concorrência dos pressupostos de uma causa de justificação. Assim, a ausência ou concorrência de legítima defesa depende de que se dê ou não uma situação fática em que exista ou não uma agressão ilegítima, além de outros elementos. Para que o tipo se converta em injusto completo é necessária uma situação fática em que não concorram os pressupostos típicos de uma causa de justificação. Pois bem, quando o sujeito crê que concorrem os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, a situação de ausência destes pressupostos só pode ser imputada objetivamente quando houver sido advertida *ex ante* por uma pessoa prudente (só assim se completará a parte objetiva do suposto de fato antijurídico, quer dizer, não justificado). Do contrário decairá a antijuridicidade do fato. Por outra parte, quando a ausência de uma situação justificante seja objetivamente imputável (cognoscível *ex ante*) só dará lugar a um fato antijurídico doloso caso o sujeito anteveja corretamente a situação, quer dizer, se esta for imputável subjetivamente. Se, por contrário, o autor supõe erroneamente a concorrência dos pressupostos típicos de alguma causa de justificação, só será imputável um injusto imprudente.

Também aqui a imputação objetiva e a subjetiva têm o duplo caráter de elementos de injusto e de culpabilidade. Por uma parte, se há situação de ausência de causas de justificação, não pode ser imputado objetivamente, não fica completada a parte objetiva do suposto fato tipicamente antijurídico, e, em que pese poder ser imputado objetivamente, não pode ser imputado subjetivamente como

doloso, não se completando a parte subjetiva. Está em jogo a antijuridicidade ou sua gravidade. Por outra parte, se a ausência de justificação não pode ser imputada objetivamente, não poderia "culpar-se" uma pessoa prudente, e se o que falta é a imputação subjetiva do dolo, não pode "culpar-se" pela situação antijurídica a título de dolo. Estas são exigências do princípio de culpabilidade.

2.4 A diferença dos níveis de imputação objetiva e subjetiva do tipo e da situação de ausência de justificação, a imputação pessoal (ou individual) não condiciona o conteúdo de injusto do fato, senão só a possibilidade de culpar do mesmo (já completo) o seu autor. O injusto supõe uma lesão ou perigo típico não justificado pela necessidade da defesa de outros bens e princípios jurídicos superiores, imputáveis objetiva e subjetivamente a um destinatário. Sem este último o fato não seria proibitivo em geral. A imputação pessoal não acrescenta nenhum elemento que modifique a oposição do fato ao bem jurídico e pressupõe que este fato é geralmente proibitivo. Só lhe fica por comprovar se tal injusto intersubjetivo é imputável enquanto tal a seu autor concreto como sujeito capaz de aceder à norma e de ser motivado por ela em condições de normalidade.

3. Aplicação da imputação objetiva

Porém, vejamos já a conseqüência a que conduz o entendimento da imputação objetiva, no âmbito do tipo, como primeiro escalão da imputação que permite a conexão do resultado típico a uma conduta que se encontre com ele numa determinada relação que permita vincular-lhe àquela conduta como obra de seu autor: *não deveriam considerar-se requisitos da imputação objetiva os elementos típicos que não guardem relação com a possibilidade de estabelecer a mencionada conexão.*

Sem dúvida isso impede estender a imputação objetiva à comprovação de elementos específicos de cada tipo penal como os exemplos acima ("documento público", "funcionário", "coisa alheia", "prejuízo" etc.). Estes elementos delimitam o alcance da lesão ou perigo tipificado, que como vimos constitui o objeto

primeiro a imputar e deve distinguir-se das condições que permitem conectar (imputar) este objeto a um sujeito. A imputação objetiva não há de equivaler à comprovação de todo o tipo objetivo, senão só a afirmação das condições que permitem atribuir a um sujeito a lesão ou perigo descrito no tipo mediante a exigência de determinados elementos específicos.

No entanto, o acima exposto não obriga tampouco a limitar o alcance da imputação objetiva à exigência de uma mínima relação de risco entre conduta e resultado nos delitos de resultado separado. Deve admitir-se que é sistematicamente conveniente unir a dita exigência de que o risco não seja permitido. Por outra parte, não há razão para não estender a imputação objetiva aos delitos de mera atividade.

3.1 É certo que a exigência de uma mínima relação de risco tem natureza distinta da exigência de que o risco não seja permitido.[40] Sem um mínimo de risco não cabe contar com a possibilidade de que se produza o resultado típico, enquanto que nos casos de risco permitido partimos precisamente da previsão daquela possibilidade. No primeiro caso não tem sentido entender que a conduta não perigosa era uma das que queria evitar a lei com a tipificação penal da produção do resultado, posto que dita tipificação *não pode* esperar do cidadão que, para evitar produzir o resultado típico, deixe de realizar condutas que não parecem em absoluto capazes de produzir-lhe. No segundo caso, em troca, seria perfeitamente possível identificar a conduta como perigosa para o bem jurídico, e se há que considerá-la atípica, é porque o Direito *deseja* permiti-la pela valorização positi-

40. Assim, Paredes Castañón, *El riesgo* cit., pp. 49 e ss. Enquanto que a criação de algum risco mínimo lhe parece necessário para formular o juízo de imputação, entendido como juízo de atribuição, o caráter não permitido desse risco só condiciona um juízo valorativo, não atributivo. Daí que Paredes seja contrário a considerar o caráter não permitido do risco como elemento da imputação objetiva. Neste sentido também Luzón Peña, *Derecho penal* cit., p. 382. No entanto, ver o que digo no texto mais adiante sobre a dificuldade de decidir a existência de um mínimo risco sem atender á valorizações sociais. Em conta da possibilidade de distinguir nitidamente entre juízos de atribuição e juízos de valorização na determinação da ação típica Vives Antón, *Fundamentos* cit., pp. 307 e ss.

va do setor de atividade perigosa a que pertence. No primeiro caso a conduta que resulta lesiva não podia identificar-se *ex ante* como desvaliosa; no segundo caso poder-se-ia, mas não se deseja desvalorizar.

Porém, esta distinção somente pode fazer-se com nitidez entre as condutas que não entranham *nenhum* risco e as que sim implicam em algum, porém não desejamos evitar, e é um fato que todo contato social encerra algum risco, por remoto que seja. Não só, pois, os setores de atividade perigosa permitida, senão também o chamado *risco geral da vida* supõe uma classe de risco não absolutamente imprevisível e cuja licitude deriva de uma valorização normativa. Por outra parte, é difícil de determinar onde acaba a possibilidade de prever e onde começa a valorização positiva do risco. Nem é fácil imaginar contatos sociais carentes de risco, nem a admissão de atividades perigosas permitidas alheias em muitos casos à consideração de que são perigosas. Há em (quase) todos os casos de risco insuficiente uma combinação de dois aspectos destacados de escassez de risco e valorização positiva do mesmo. Por último, pelo que se refere à possibilidade ou impossibilidade de distinguir *ex ante* a periculosidade da conduta, ainda que os setores especiais de risco permitido possam identificar-se como perigosos em seu conjunto, é impossível detectar a tempo quais condutas *concretas* dentro do conjunto serão as que acabarão produzindo lesões típicas. A previsibilidade geral destas não implica sua previsibilidade no caso concreto (entendida como a existência no caso concreto de razões para pensar que *esta* concreta ação possa produzir a lesão).

Todas estas razões fazem explicável e razoável que se exclua a imputação objetiva por falta de criação de um determinado risco, tanto nos casos em que não há risco relevante, como nos de risco permitido.

Entretanto, a diferença destacada entre ambos os grupos pode explicar que se conceda maior âmbito à exclusão da imputação objetiva em Direito Penal que à que procede em matéria de responsabilidade civil em Direito Privado ou em Direito Administrativo. Enquanto que a exigência de um mínimo risco há de operar em todos estes campos – de fato a teoria da imputação objetiva se traçou por Larenz

para o Direito Civil como exclusão da responsabilidade por danos imprevisíveis – inclusive nas esferas de responsabilidade objetiva, nestas não poderão excluir-se todos os casos de risco permitido. Assim sucede nos setores de responsabilidade por risco.

Por outra parte, que o risco permitido se situe no centro da imputação objetiva não significa que esta deva absorver em seu centro a todo o âmbito da *adequação social*. Esta inclui não só os casos em que a sociedade admite determinadas classes de atividade perigosas que podem ocasionar lesões não desejáveis, senão também outros em que a admissão da conduta tem lugar pela escassa gravidade de seus efeitos ou pelo contexto em que estes se produzem. Assim sucede em alguns dos exemplos que propôs Welzel como casos de adequação social, como as limitações da liberdade de movimentos no transporte de passageiros,[41] e sucede em atividades desportivas que implicam contatos físicos ou inclusive golpes intencionais que literalmente cabem na falta de maus tratos e até, as vezes, no delito de lesões. O mesmo vale para os supostos de escassa gravidade não completamente adequados, porém insignificantes *(princípio de insignificância)*.[42] A exclusão da tipicidade penal não procede, nestes casos, de que não possa estabelecer-se a conexão necessária entre uma lesão penalmente relevante e a conduta de seu autor, senão da irrelevância penal da lesividade do fato, por ser socialmente admitida ou insignificante, atendido o contexto em que se produz.

3.2 Não há motivo para não estender a exigência da imputação objetiva aos delitos de mera atividade. Também nestes o tipo exige um resultado lesivo ou de perigo, ainda que dito resultado se esgote em uma conduta que não requer nenhum outro resultado separado dela: a conduta típica é aqui o que tem que *resultar* para que se realize o tipo. Enquanto resultado típico, a conduta há de constatar-se aqui *ex post*, como o resultado separado nos delitos de resultado, para que

41. Cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, pp. 55 e ss. Em seus primeiros escritos sobre o tema Welzel incluia mais exemplos de fatos dolosos adequados socialmente: sobre o significado desta evolução no pensamento de Welzel ver Cancio Meliá, *Los orígenes cit.*, pp. 20, 38.

42. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, PG cit., L 19/49, pp. 532 e ss.

concorra o desvalor de resultado. Mas, do mesmo modo que nestes outros tipos, também nos de mera atividade é necessário o desvalor da conduta, constituído pela idoneidade *ex ante* da conduta para realizar o tipo.[43] Isso não sucederá, por exemplo, quando no momento de ser executada a conduta não fosse previsível que realizaria o tipo. Assim, quando alguém entra no domicílio de outra pessoa sem que ao fazê-lo pudesse saber que o morador se opunha à entrada.[44]

Por outra parte, ainda será maior a transcendência da imputação objetiva nos delitos de mera atividade caso se incluem nestes critérios não estritamente vinculados à idéia de risco, senão ao da delimitação de esferas de responsabilidade. Abordaremos brevemente esta questão no parágrafo seguinte, porém já agora cabe dizer que, por exemplo, critérios como o de imputação à vítima poderão excluir a imputação típica em delitos de mera atividade. Pense o caso do que se encontra inconsciente, porém com vida e acaba de ingerir uma quantidade letal de tranqüilizantes, deixando uma nota na qual manifesta sua irrevogável decisão e vontade de que ninguém trate de salvar-lhe; se esta última pessoa acede à vontade do suicida e lhe deixa morrer, quando ainda poderia haver-lhe salvado, pode excluir-se o tipo do delito de omissão de socorro por não ser imputável a ele, senão ao suicida. Porém, como dizíamos, a inclusão de problemas como este no âmbito da imputação objetiva depende do caso a que se estende esta instituição além da exigência de uma determinada relação de risco.

4. Pressupostos do conceito de imputação objetiva

O entendimento do conceito de imputação objetiva no sentido estrito que vincula ao princípio de culpabilidade os três níveis de imputação (objetiva, subjetiva e pessoal), exige uma determinada relação de risco entre o resultado típico e a

43. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1994, pp. 10 e ss.; o mesmo, Derecho penal, PG cit., L 6/46-52, pp. 139 e ss.

44. Cfr. Mir Puig, Derecho penal, PG cit, L 10/61s., p. 237. De acordo: Torío López, ADPCP 1986, p. 43, e Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos, X, 1987, p. 384; Luzón Peña, Curso de Derecho penal, Parte general, 1996, p. 387.

conduta, sem a qual não cabe "culpar" nem sequer a uma pessoa prudente da produção do resultado. A esta "reprovação objetiva" se referia Gimbernat ao fundamentar a teoria, e tal exigência constitui o núcleo histórico da imputação objetiva, como continuação da teoria da adequação. Este há de seguir sendo o conteúdo da *imputação objetiva em sentido estrito, ou de primeiro nível,* nos delitos de ação, tanto se são de resultado separado como os de mera atividade. Porém, por uma parte, nos delitos de comissão por omissão a imputação do resultado típico requer algo distinto à relação de risco: a posição de garante. Esta exigência há de integrar também a imputação objetiva em sentido estrito, ou de primeiro nível, nos delitos de comissão por omissão. É evidente que nestes delitos a pura relação de risco hipotético (se houvesse atuado, haver-se-ia evitado o resultado e se isso era previsível) não basta para imputar o resultado ao omisso, como se deduz do fato de que não se imputa o resultado a quem não está em posição de garante ainda que também houvesse podido evitá-lo. E, por outra parte, a evolução da teoria foi incluindo no âmbito da imputação objetiva outros critérios distintos ao de risco, como o da intervenção da vítima ou de terceiros, a competência que corresponde a um rol social, a delimitação de autoria, participação punível, participação impune etc. Estes critérios não têm espaço no conceito de imputação em sentido estrito, porém na medida em que tratam também de determinar quando se pode e quando não se pode imputar o fato a um sujeito, cabe incluí-los em um *sentido amplo, ou de segundo nível, da imputação objetiva.*

A idéia que subjaze a todos os critérios situáveis neste segundo nível é a de distribuição da imputação entre sujeitos mediante a *delimitação de suas esferas de responsabilidade.* A questão já não é aqui se o sujeito criou com sua conduta um risco realizado no resultado, senão qual ou quais dentre os distintos sujeitos que se encontram em dita relação de risco há de ser considerado responsável e/ou em que medida. Isso se estabelece na teoria das formas de intervenção no delito e no âmbito de intervenção relevante da vítima – que podem seguir sendo os lugares sistemáticos em que se estude.

Assim, não é *autor* do delito todo aquele que intervêm num delito criando junto a outros o risco realizado no resultado. Ainda que também criem este risco o

indutor e o cooperador, só o autor tem com o fato a *relação* que permite imputá-lo como *seu*. Só o autor do homicídio "mata" no sentido do tipo. Para a imputação de um tipo de autoria (os previstos na Parte Especial e os de tentativa) não basta a *relação de risco*, senão que faz falta afinal a *relação de pertinência* a título de autor.[45]

Por outra parte, entre os *partícipes* do delito o Direito espanhol distingue entre o indutor e o cooperador necessário, por uma parte, e o cúmplice, por outra. Aqueles ocasionam uma contribuição mais importante que este, razão pela qual os primeiros são tratados pela lei *como se fossem* autores. Porém, segundo o art. 28 CP, não o "são", a diferença dos autores em sentido estrito, senão que "também serão considerados autores". A menção do § 1.º do art. 28 CP aos que "são" autores não há de interpretar-se no sentido de que exista um conceito "ontológico" de autor pré-jurídico que a lei não pode senão reconhecer,[46] senão como uma *imputação* de dois graus: no primeiro se imputa o *ser* autor e no segundo só se imputa o *tratamento* do autor aos que não lhes reconhece sê-lo.

Também a distinção legal do cooperador necessário e o cúmplice supõem uma diferente imputação jurídica de sua contribuição ao resultado principal. E, ainda que não tenha origem legal, a distinção entre cooperação punível e cooperação impune que um setor doutrinal efetua entre sujeitos que contribuem ao delito com atos causais e em relação de risco a respeito ao resultado, também pode ver-se como uma delimitação da imputação típica. Assim o entende Jakobs quando nega a imputação objetiva do fato principal aos que contribuem a ele mediante atos lícitos da vida cotidiana, ainda que possa prever-se ou inclusive se saiba que serão aproveitados pelo autor (como o homem que abandona sua amante mesmo diante do fato dela ter-lhe ameaçado com a destruição de uma coisa de grande valor se o fizesse, e tenha efetivamente destruído, ou o taxista que leva ao passageiro ao lugar onde este

45. Cfr. Mir Puig, Derecho penal, PG cit., L 10/59 s., p. 236.

46. Existem diversos usos sociais e, portanto, de sentidos do termo 'autor'. O art. 28, § 1.º CP limita-se a recolher o conceito de autor situado na doutrina dominante em nosso país em outros, mas não em todos. Cfr. Mir Puig, PG cit., L 14/4, p. 358.

lhe disse que ia cometer um delito[47]). Questão distinta é a dos limites que deve ter esta causa de exclusão da imputação típica, que certamente não há de operar quando se sabe com certeza que se está contribuindo à comissão de um delito grave.

Pertence igualmente a este âmbito de imputação a questão de ter-se que distinguir autoria e participação nos delitos imprudentes.

Finalmente, a intervenção da vítima pode excluir a imputação do fato a quem contribui a causar-lhe uma lesão. Assim sucederá nos casos de auto-perigo por parte da vítima na que participam (induzindo ou cooperando) outras pessoas, assim como nos de perigo da vítima por parte de outro, quando dito perigo é inimputável à vítima.[48] O direito ao livre desenvolvimento da personalidade que consagra a Constituição há de permitir assumir riscos, ainda que possam terminar em lesões.[49] Isso aconselha a imputação preferente de tais lesões à vítima e a exclusão conseguinte da imputação ao que intervém no risco.[50]

Porém, já não se chega a estabelecer a questão da imputação de um resultado típico quando a intervenção da vítima supõe um consentimento que exclui já a lesão típica correspondente (o que a doutrina alemã denomina *Einverständnis*, termo que se pode traduzir como "acordo"[51]), tanto que isso se expressa na redação do tipo (como no furto: art. 234 CP), como se não se faz (como na detenção ilegal: art. 163 CP). Faltará então a própria lesividade do fato, que, como indicamos mais acima, é pressuposto da imputação objetiva.

5. Conclusões

i) Imputação é submetida a um sujeito, não circunstanciada.

47. Cfr. Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal* cit., pp. 70 e ss.
48. Cfr. Roxin, *Derecho penal*, PG I, cit., § 11/86 e ss., pp. 387 e ss.
49. Cfr. Mir Puig, *Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente*, ADPCP 1991, p. 267.
50. Así Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, 1998, pp. 276 ss.
51. Así Mir Puig, *Derecho penal*, PG cit., L 19/2-3, pp. 516 e ss.

ii) A imputação, em seus três níveis, imputação objetiva, imputação subjetiva e imputação pessoal (ou individual), atravessa toda a teoria do delito, mas não inclui todos seus elementos. Como juízo de atribuição a um sujeito, contrapõe-se a lesividade, como lesão ou perigo típico de um bem jurídico não justificado, o outro grande aspecto do conceito de delito.

iii) A exigência de imputação responde ao princípio de culpabilidade, em sentido amplo, que requer conexão ao sujeito de cada nível de lesividade da teoria do delito, porém ao mesmo tempo é necessária para completar a constituição do desvalor do tipo, do injusto e da infração pessoal da norma: a imputação objetiva é necessária para afirmar o desvalor intersubjetivo da conduta e o desvalor do resultado do tipo objetivo. A imputação subjetiva é necessária para o tipo subjetivo e, portanto, para completar o tipo; a ausência dos pressupostos típicos de alguma causa de justificação também há de poder ser objetiva e subjetivamente imputável para que o tipo possa imputar-se como antijurídico; e, por último, o fato antijurídico há de poder-se imputar a um sujeito capaz de aceder à norma em condições de motivabilidade normal (imputação pessoal, necessária para que o fato antijurídico se converta em infração pessoal da norma e se complete a culpabilidade do sujeito).

iv) A *imputação objetiva de primeiro nível* se contrai, nos delitos de ação, à exigência de uma determinada relação de risco, para a qual é razoável exigir não só um mínimo risco, senão também a ausência de risco permitido. Não incluem, em troca, os casos de adequação social ou insignificância da lesão, nos que falta a necessária lesividade do fato. Nos delitos de comissão por omissão a imputação objetiva não requer a relação de risco, senão a evitabilidade da lesão em posição de garante.

v) A imputação objetiva de primeiro nível há de exigir-se, tanto nos delitos de resultado, como nos de mera atividade.

vi) A *imputação objetiva de segundo nível* supõe a distribuição da imputação entre os sujeitos intervenientes e determina a conexão de autoria e a de participação, assim como a imputação à vítima.

Conseqüências do desatendimento das normas constitucionais de competência em matéria penal

Andreo Aleksandro Nobre Marques

Juiz de Direito. Especialista em Direito Processual Civil e Penal pela Universidade Potiguar em convênio com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor de Processo Penal da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Coordenador de Ensino da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte.

Sumário: 1. Esclarecimentos iniciais – 2. Jurisdição e competência: 2.1 Distinção; 2.2 Delimitação constitucional da competência em matéria penal; 2.3 O princípio do juiz natural e a competência constitucional – 3. A desobediência às normas constitucionais de competência penal: 3.1 Natureza do vício; 3.2 Efeitos decorrentes do vício da incompetência constitucional – 4. Conclusões – 5. Documentos consultados.

Resumo: Este estudo colimou verificar, pela revisão doutrinária e jurisprudencial, a natureza do vício derivado da incompetência constitucional, e os efeitos decorrentes de sua declaração. Enunciou que o princípio do juiz natural visa não só impedir a instituição de juízos de exceção, como coibir a afronta à delimitação constitucional da competência. Concluiu que a incompetência constitucional

causa a nulidade absoluta do processo, e que este vício sempre pode ser declarado pelo juízo, em favor da defesa. Demonstrou que a proibição da *reformatio in pejus* indireta se aplica inclusive nas hipóteses de anulação de sentença condenatória por incompetência constitucional, antes ou depois do seu trânsito em julgado. Comprovou que a incompetência constitucional é causa de nulidade absoluta dos atos processuais decisórios, postulatórios e probatórios, por ofensa aos princípios do promotor e do juiz natural.

Palavras-chave: Direito Processual Penal – Incompetência constitucional penal – Nulidades – Jurisdição e competência.

1. Esclarecimentos iniciais

Este trabalho tem por objeto o estudo da incompetência constitucional em matéria penal, visando estabelecer a natureza jurídica do vício ou defeito em comento, bem assim determinar as conseqüências advindas da declaração deste vício pelo órgão jurisdicional.

A exigência desta pesquisa prende-se ao fato de que poucos autores se detiveram em enfrentar o tema nulidades em processo penal de forma percuciente e aprofundada. Ademais, não sendo do nosso conhecimento que tenha sido levado a cabo, em nosso meio, qualquer trabalho específico sobre a incompetência constitucional, e inexistindo, na doutrina e jurisprudência, solução uniforme sobre o problema lançado, realça-se a justificativa deste ensaio.

A dificuldade do estudo é flagrante, primeiro porque faltou clareza do legislador ao disciplinar a matéria das nulidades, inserida no Livro III, Título I, do Código de Processo Penal,[1] e também porque se trata de um dos temas mais

1. A esse respeito, o saudoso José Frederico Marques tece o seguinte comentário: "Não primou pela clareza o legislador pátrio, ao disciplinar o problema das nulidades processuais e penais. Os artigos 563 *usque* 573 estão prenhes de incongruências, repetições e regras obscuras, que tornam difícil a sistematização coerente de tão importante instituto (...) Ainda aqui, dá-

tormentosos do direito processual, não só pelos efeitos que a declaração da mácula faz repercutir sobre a esfera jurídica das partes, mas também pelas conseqüências que incidem sobre a esfera do órgão jurisdicional,[2] que deve se preocupar em aplicar o direito, de forma imparcial, o mais rapidamente possível, resolvendo o litígio, a fim de obter a pacificação no seio social.

Outrossim, frise-se que a promulgação da Carta Constitucional de 1988 fez com que o processo penal adquirisse uma nova roupagem, a partir do acolhimento de determinados princípios, decorrentes das opções políticas da sociedade civil da época.

Nesse passo, deve o intérprete do direito apreciar as normas processuais de nível inferior sob um novo prisma, qual seja, o de que o processo penal precisa ser desenvolvido em sintonia com os preceitos maiores da Carta Magna, que, dentre outras coisas, criam em favor do cidadão a garantia de que este só irá ser privado de sua liberdade quando os órgãos estatais, encarregados da persecução penal e da imposição da sanção cabível, tiverem adequado sua atividade aos postulados da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, dentre outros.

Logo, percebe-se que o desenvolvimento da temática será guiado pela concepção de que o processo, em um Estado Democrático de Direito (art. 1.º, CF/88), deve ser tido como instrumento de penhor da liberdade do cidadão.

Deve o intérprete do direito processual penal, assim, em razão do choque de interesses albergados, perseguir determinados ideais ou valores, quais sejam, o *garantismo*, tanto em benefício de se efetivar o direito subjetivo de ambas as partes, primordialmente o da defesa, em razão de sua visível posição de inferioridade, quanto para legitimar o exercício da atividade jurisdicional, e a *efetividade*,

nos mostra o Código de Processo Penal dos grandes defeitos de técnica e falta de sistematização que pululam em todos os seus diversos preceitos e normas, tornando bem patente a sua tremenda mediocridade como diploma legislativo". (*Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, 2000. vol. 2, p. 479-480).

2. NASSIF, Aramis. *Considerações sobre nulidades no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 13.

enquanto forma de concretizar os escopos jurídicos, políticos e sociais da jurisdição, sendo eles, respectivamente, a aplicação do direito penal objetivo, a abertura do processo à participação dos interessados, e a pacificação social com justiça.[3]

Buscar-se-á, dessa maneira, solucionar a questão a partir do entendimento de que a competência do órgão jurisdicional constitui pressuposto de validade da relação jurídica processual, seja esta competência fundada em norma constitucional ou em norma de grau inferior.

O direito processual civil, cujos estudos contribuíram sempre em maior proporção para a modernização da ciência processual, considera a competência, seja ela absoluta ou relativa, como pressuposto de validade e não de existência da relação jurídica processual. Assim, por que em processo penal a conclusão seria diversa?[4]

É bom que se diga, de antemão, que, de acordo com a opção do intérprete, a incompetência constitucional pode originar ou não determinados efeitos, o que traz à tona a importância da discussão, senão vejamos. Se considerarmos que a incompetência constitucional se traduz em inexistência do processo, teríamos que não seria necessária a declaração do defeito pelo Estado-Juiz, haja vista que o que não existe no mundo jurídico não possui o condão de gerar efeito algum. Por outro lado,

3. GRINOVER, Ada Pellegrini. Introdução: a reforma do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 33, p. 312, jan./mar. 2001.

4. Sobre os diversos pontos em comum entre essas duas disciplinas, que deram origem ao que se convencionou chamar de Teoria Geral do Processo, como matéria comum a todos os ramos do processo, José Frederico Marques aduz que "não há dúvida de que a marcha e o desenvolvimento do processo pênal apresentam peculiaridades que não se encontram no processo civil. Trata-se, porém, de fenômeno que se verifica dentro dos próprios quadros do processo civil e do processo penal, respectivamente, no tocante ao procedimento de uma ou outra ação. Quando a pretensão do autor, na justiça civil, funda-se num direito real, há exigências e restrições que não se encontram nas ações propostas para o julgamento de um direito obrigacional. Só por isso, iremos construir uma categoria à parte no direito processual? Só por isso, poderemos falar num processo civil de direitos reais, como categoria diferente do processo civil de direitos pessoais? *Mutatis mutandis*, é o que ocorre entre processo civil e processo penal. É por isso que tantos institutos comuns são encontrados, em um e em outro. O direito de ação, as exceções, as sentenças, a citação, as notificações, a revelia, a conexão de causas, a coisa julgada – todos esses institutos são, formalmente, idênticos no processo civil e no processo penal. O conteúdo deles, às vezes, é diferente em um e outro processo; diferença, no entanto, apenas de grau, e não-qualitativa". (*Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 3, p. 29).

se a considerarmos como caso de nulidade absoluta, a declaração judicial do vício é que fará cessar os efeitos jurídicos decorrentes dos atos praticados no processo.

A inexistência do processo acarretaria, ainda, a desnecessidade da propositura pelo réu de revisão criminal ou de impetração de *habeas corpus*, caso o provimento jurisdicional já houvesse transitado em julgado. Noutro pórtico, em sendo caso de nulidade absoluta do processo, o manejo de um destes remédios seria imprescindível.

E mais, a inexistência poderia ser alegada inclusive em favor da acusação, pois, repita-se, o que não existe não pode gerar efeito algum, podendo mesmo ser comparada a um não-ato, ou a um não-processo, enquanto a nulidade absoluta, por incompetência constitucional, somente poderia ser levantada com o propósito de beneficiar a defesa, uma vez que o nosso ordenamento jurídico veda que o acusado, absolvido por sentença transitada em julgado, seja processado duas vezes pelo mesmo fato.

Outro ponto a demonstrar a relevância da discussão decorre da interpretação acerca da regra prevista no art. 567, 1.ª parte, do CPP. Pergunta-se: a afronta às regras constitucionais de competência acarreta a nulidade ou a inexistência somente dos atos decisórios do processo ou também os atos de instrução processual deverão ser considerados nulos ou inexistentes?

É certo que a maioria da doutrina e da jurisprudência não diverge que, em caso de incompetência constitucional em matéria penal, o vício possa e deva ser debelado a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal, desde que sua decretação aproveite apenas ao acusado.

Contudo, compete ao jurista explicar os efeitos dos fenômenos jurídicos a partir de premissas verdadeiras, lógicas, evitando contradições terminológicas, sempre buscando a resolução científica da dificuldade imposta pela falta de clareza do ordenamento.

Nesse sentir, será procedida a análise crítica do pensamento dos que sustentam a inexistência do julgamento e do processo, pela afronta às disposições

constitucionais relativas à competência, justamente pela falta de cientificidade do raciocínio nele desenvolvido.

Em suma, procurar-se-á, com base na revisão da doutrina existente sobre a temática, e na evolução da interpretação pretoriana, demonstrar a natureza do vício em comento, a fim de comprovar que os efeitos decorrentes da incompetência constitucional sempre poderão ser alegados em favor do acusado sem que haja a necessidade de cisão das regras comuns do direito processual, utilizando-se para isso do entendimento de que a natureza do bem jurídico protegido, o *jus libertatis* do cidadão, constitui motivo suficiente para autorizar a cessação dos efeitos do processo viciado, de acordo com os preceitos legais vigentes sobre o tema.

Verificar-se-á, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal, última instância da jurisdição penal em nosso país, modificou recentemente o entendimento de que a vedação da *reformatio in pejus* indireta, isto é, aquela derivada de anulação de sentença, transitada em julgado ou não, não se aplicaria às hipóteses de incompetência absoluta, sendo que o entendimento contrário já perdurava por praticamente duas décadas.

2. Jurisdição e competência

2.1 Distinção

Como visto, a jurisdição, ao lado das funções executiva e legislativa, é uma das funções básicas do Estado, por meio da qual exerce uma atividade, decorrente de sua soberania, em substituição às partes, com imparcialidade, visando à aplicação do direito material para resolver situações litigiosas concretas e pacificar o meio social com justiça.

Decorre do princípio da investidura que somente pode exercer a jurisdição o agente público que tiver sido regularmente investido na atividade judicante. As regras acerca da investidura encontram-se dispostas na Magna Carta, mais precisamente nos arts. 93, 94, 101, *caput* e parágrafo único, art. 104, parágrafo

único, art. 107, §§ 1.º e 2.º, nos arts. 111, 115, *caput* e §§ 1.º e 2.º, 119, 120, *caput* e § 1.º, 123, *caput* e parágrafo único, no que diz respeito aos órgãos do Poder Judiciário, a quem se atribuiu primordialmente o exercício da função jurisdicional.[5]

Apesar da divisão do Poder Judiciário em diversos órgãos (art. 92, CF/88), como, na verdade, o poder estatal é uno, a jurisdição, emanação deste poder, também é una. Não se pode descurar, todavia, em atenção ao pacto federativo, que o exercício da jurisdição em nosso país se apresenta sob a forma dual, dada a autonomia existente entre a União Federal e os Estados-membros. De todo modo, como a dualidade decorre da soberania do ente estatal, não perde a jurisdição o seu caráter de unicidade, pois é expressão do poder político da República.

A divisão, feita em nível constitucional ou legal, acerca da parcela de causas que é dada a cada órgão do Poder Judiciário atuar no exercício de sua função de dirimir conflitos, originará o que se convencionou chamar de competência. Na lição de Frederico Marques,[6] "O poder de julgar, ou jurisdição, é distribuído entre os vários órgãos do Poder Judiciário, por meio da competência, que é a medida e o limite da jurisdição".

2.2 Delimitação constitucional da competência em matéria penal

O trabalho de divisão das causas que competem aos diversos órgãos do Poder Judiciário apreciar e julgar, inicia-se na própria Constituição. Note-se que

5. Sabe-se que, a bem do princípio da separação de poderes, mais precisamente da separação das funções estatais, haja vista que o poder do Estado, que emana do povo, é uno, cria a Constituição um sistema de freios e contra-pesos, ou um sistema de fiscalização mútua entre os diversos órgãos do poder, conferindo, por exemplo, ao Senado Federal, a jurisdição para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, bem assim processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade, tal qual dimana do art. 52, I e II, decorrendo, então, a investidura dos membros do Senado Federal, de eleição, segundo o princípio majoritário, e posterior posse (art. 46, *caput*, CF/88).

6. MARQUES, J. F. *Op. cit.*, p. 220.

esta delimitação constitucional da competência tem por escopo dar guarida ao postulado do juiz natural, inscrito no art. 5.º, LIII, enaltecendo as opções políticas da sociedade civil da época de sua promulgação.

A esse respeito, exprimia Frederico Marques[7] que:

"A Constituição não se caracteriza tão-só pelos traços formais que a distinguem no plano das fontes do Direito; e isto porque nela se condensam os valores políticos que lhe informam os textos articulares e respectiva orientação ideológica".

Assim, considerando as vantagens que a divisão do trabalho proporciona, haja vista a quantidade de habitantes, extensão territorial, e o número elevado de controvérsias que podem surgir, a Constituição Federal delimita o poder de julgar considerando, precipuamente, as funções que os órgãos do Poder Judiciário podem exercer no processo, e a natureza da lide.

2.3 O princípio do juiz natural e a competência constitucional

Como consectário do devido processo legal, estabelece a Lei Maior um outro princípio, denominado de princípio do juiz natural. O exercício da jurisdição pressupõe a neutralidade do órgão julgador. Logo, somente é possível se falar em processo justo, legal e idôneo se houver a anterior previsão constitucional dos órgãos incumbidos do exercício da atividade jurisdicional.

Sendo assim, num primeiro momento, a partir do princípio do juiz natural, proíbe-se a instituição de juízos ou tribunais de exceção, tal qual disposto no art. 5.º, XXXVII, da Lei Maior.

Em um segundo plano, o princípio do juiz natural, tal qual sufragado em nosso ordenamento constitucional, mais precisamente no art. 5.º, LIII, exige que seja feita a discriminação do âmbito de atuação do órgão jurisdicional previamente criado, a partir de critérios delimitadores de sua competência, ao estabelecer que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

7. MARQUES, J. F. *Op. cit.*, p. 79.

Nesse sentido, Karam[8] ensina que:

"À primeira proibição do juízo ou tribunal de exceção, destinada a impedir a arbitrária indicação de um órgão escolhido para, em caráter especial, conhecer e decidir sobre determinada causa, soma-se a necessidade de prévia delimitação do âmbito de atuação do órgão ou grupo de órgãos jurisdicionais regularmente constituídos, a impor a definição de parâmetros básicos para o estabelecimento de sua competência".

Já foi dito que a ofensa à regra constitucional caracteriza a inexistência ou a nulidade absoluta do ato processual, não havendo espaço para caracterização de nulidade relativa ou mera irregularidade do ato.

Pois bem, a legitimidade para julgar determinado fato, como se sabe, depende de previsão constitucional, haja vista que a função primordial de toda e qualquer Carta Política é a organização do Estado, com a repartição do poder por diversos órgãos. Acontece que a previsão constitucional por si só não basta para assegurar a independência e a imparcialidade do órgão julgador, motivo pelo qual se faz necessário que a previsão constitucional seja anterior à ocorrência do fato e que o órgão legitimado constitucionalmente o seja para todas as situações jurídicas abstratamente semelhantes e não apenas para certo acontecimento que envolva determinado fato ou pessoa.

Em razão disso é que Karam[9] preleciona que:

"O princípio do juiz natural se desdobra, assim, em três aspectos, que dão o teor de seu conteúdo legitimador do exercício da jurisdição: em primeiro lugar, só são órgãos jurisdicionais aqueles instituídos pela Constituição Federal; além disso, tais órgãos devem ser pré-constituídos, ninguém podendo ser processado ou julgado por órgão instituído após a ocorrência do fato ou especialmente escolhido para conhecer e decidir sobre determinada causa; e, terceiro, a jurisdição só

8. KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 46..

9. KARAM, Maria Lúcia. *Op. cit.*, p. 49.

pode ser exercida pelo juiz pré-constituído em âmbito previamente delimitado pela distribuição de competências constitucionalmente estabelecida".

Indiscutível, então, que não havendo previsão constitucional anterior, o julgamento proferido ou qualquer ato praticado por juízo ou tribunal de exceção deve ser tido como inexistente, pois a jurisdição constitui pressuposto processual de existência da relação processual, não sendo possível falar em exercício do poder jurisdicional por órgão não regularmente instituído ou investido.[10]

Em sendo assim, como nada surge do nada, todos os atos praticados por tribunal *ad hoc* não são aptos a produzir nenhum efeito, em nenhum momento, podendo o vício ser conhecido a qualquer tempo.

Noutro pórtico, que se constitui o cerne deste trabalho, depara-se com incompetência constitucional, devendo o deslinde da matéria se iniciar pela análise do art. 564, I, do CPP, não se descurando do alcance do inc. LIII, art. 5.º, CF/88, o que será objeto do próximo capítulo.

3. A desobediência às normas constitucionais de competência penal

3.1 Natureza do vício

Estabelece o art. 564, I, do CPP, que: "A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz". Assim, da simples leitura do dispositivo é possível concluir que o estatuto processual de 1941 considerou a incompetência como causa de nulidade, não esclarecendo se relativa ou absoluta. Porém, devido aos comuns erros de técnica deste diploma, conforme já

10. Nesse aspecto, impende concordar com Ada P. Grinover, Antonio S. Fernandes e Antonio M. G. Filho quando sustentam que "o princípio do juiz natural, em sua dimensão garantidora da própria atividade jurisdicional, deve ser visto como verdadeiro pressuposto de existência do processo" (*As nulidades do processo penal*. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 44).

anotado, a interpretação literal não se faz suficiente para a escorreita definição da natureza do vício em comento.

Independentemente da natureza constitucional ou não da norma que define competência, é preciso ter em mente que a competência do órgão jurisdicional constitui pressuposto processual de validade da relação processual.

É certo que as conseqüências pela não obediência às normas de competência de hierarquia constitucional ou infraconstitucional serão diversas, mas nunca a competência perderá o caráter de pressuposto de validade da relação processual.

Com esse entendimento, Fernandes e Fernandes,[11] sem adentrar especificamente no problema da ausência de competência constitucional, tecem as seguintes considerações:

"A incompetência do juízo é sinônimo da falta de pressuposto de validade do processo. Como tal deve ser tratada, embora incorporando-se ao capítulo correspondente às nulidades(...) A competência constitui pressuposto de validez da relação processual. Assim, a incompetência de juízo não está sujeita a preclusão por falta de argüição. Ela se mantém como causa de anulação do processo e pode ser argüida a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da sentença condenatória".

Grinover, Fernandes e Gomes Filho[12] ponderam que, mesmo antes da atual Constituição, havia entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sustentando a inexistência do processo que tivesse sido instaurado perante juízo incompetente segundo as normas constitucionais. Outrossim, aduzem que também havia aqueles que apenas entendiam pela inexistência do processo quando, sendo da alçada da Justiça Comum, fossem promovidos perante justiça especializada, mas nunca na hipótese inversa.

11. FERNANDES, Paulo Sérgio; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no processo penal.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 265-266.

12. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Op. cit.*, p. 43.

Em atenção a esta consideração jamais se poderia dizer que a incompetência constitucional no processo penal caracteriza a inexistência da relação processual, em que pesem os argumentos respeitáveis utilizados pelos defensores desta concepção, pois tendo o órgão sua previsão prévia no texto da carta constitucional, autorizado está a exercer o poder de julgar, estando satisfeito o pressuposto processual de existência de ser o órgão dotado de jurisdição.

Dentre os que sustentam que a incompetência constitucional acarreta a inexistência do processo e do julgamento, pode ser citado o eminente Tourinho Filho,[13] que, por sua coerente manifestação, merece ser citado:

"Já vimos que a incompetência pode ser absoluta ou relativa. No primeiro caso (Justiça Especial apreciando questão da alçada da Justiça Comum ou vice-versa, incompetência *rationae personae*, Justiça Civil julgando questão criminal – salvo nos crimes falimentares, visto ser assim no Estado de São Paulo – etc.), a *imperfeição* ou *defeito* do ato poderá ser argüida em qualquer fase do procedimento. Nem mesmo havendo decisão absolutória se poderá formar a coisa julgada. Imagine um Juiz de Direito absolvendo um Promotor de Justiça ou a Justiça Comum absolvendo um militar por crime militar. É como se fosse uma não-sentença. Nada impede, nesses casos, de se renovar a instância perante o órgão competente. E com melhor razão se houver sentença condenatória. Quer-nos parecer que, na hipótese, como o órgão jurisdicional não estava investido de jurisdição, a relação processual não existiu. Houve um não-processo (*Nitchtprozess*), o que é diferente".

Em outra passagem, ilustra o emérito autor que:

"Tratando-se de incompetência *rationae materiae*, cremos ser preciso distinguir. Se a competência em razão da matéria for fixada nas Leis de Organização Judiciária (CPP, art. 74), embora a nulidade possa ser levantada em qualquer fase

13. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 3, p. 125.

do processo ou em qualquer instância, atingirá apenas os atos decisórios, nos termos do art. 567 do CPP. Mas, se a competência for delimitada pela Constituição, não só os decisórios, mas também os probatórios serão fulminados pela nulidade, pois o processo é como se não existisse".[14]

Não obstante a autoridade do famoso processualista, a hipótese em exame não pode ser classificada na categoria da inexistência, razão pela qual se traz à colação, em socorro do ponto de vista ora sustentado, a lição do eminente processualista Cândido Rangel Dinamarco:[15]

"A unidade da jurisdição permite compreender que todos os juízes do país são investidos desse poder, o qual é o mesmo apesar da distribuição das tarefas e atribuições, não falecendo jurisdição ao juiz incompetente e jamais se considerando inexistente o ato realizado sem competência para realizá-lo(...) Distribui-se a atividade jurisdicional, não a jurisdição em si mesma".

Maria Lúcia Karam[16] segue a mesma senda, servindo sua doutrina para refutar de uma vez por todas o enquadramento da incompetência constitucional como vício da categoria da inexistência:

"Para sustentar a inexistência do processo, em tal hipótese, afirma-se que o juiz natural seria verdadeiro pressuposto de existência do processo, diante de cuja ausência não se poderia falar em mera nulidade da relação processual. *Tal afirmação já não se compatibiliza com o fato de que, diante do princípio da unidade da jurisdição, o órgão competente não se confunde com o órgão dotado de jurisdição. Sendo uma só a função jurisdicional abstratamente atribuída a todos os órgãos do Poder Judiciário, não se pode afirmar que o órgão jurisdicional que inadequadamente atue no processo, por ser constitucionalmente incompetente, não seja dotado de jurisdição. Quem*

14. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* 23ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 2, p. 577.

15. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 1, p. 409.

16. KARAM, M. L. *Op. cit.*, p. 51-52.

quer que esteja regularmente investido no cargo judiciário e dele não desligado é um órgão dotado de jurisdição". (Destacou-se).

Rebatendo-se os argumentos em sentido contrário, esclareça-se inicialmente que a dimensão garantidora do princípio do juiz natural em nada se enfraquece diante do entendimento ora defendido. É dizer, a afronta à norma constitucional, que caracteriza o vício como sendo de natureza absoluta, impede que tal irregularidade sane, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, quando a defesa for a prejudicada, em razão de outros princípios vetores presentes em nosso ordenamento, dentre eles, o do *favor libertatis*, previsto expressamente no art. 621 e 647, ambos do CPP.

Assim, a incompetência constitucional acarreta a incompetência absoluta do órgão jurisdicional, que se constitui em vício de natureza bastante grave, ou seja, da ordem das nulidades absolutas, cabendo o seu reconhecimento de ofício, pela ofensa ao princípio do juiz natural, mas que não pode, sob este aspecto, ser equiparado à ausência de jurisdição, que é o que ocorre com o julgamento proferido por juízo ou tribunal de exceção.

Desse entendimento não diverge Capez:[17]

"Na incompetência absoluta, o juiz fica privado totalmente de seu poder jurisdicional, deixando de ser o juiz natural da causa. Assim o juízo monocrático não tem capacidade jurisdicional para julgar crimes dolosos contra a vida; o juízo de primeira instância não detém jurisdição para julgar deputado ou senador, nem para julgar recursos de outro órgão do mesmo grau; e o juízo comum está privado de jurisdição para o julgamento de crimes eleitorais. Em todos esses casos, o problema é de falta de capacidade jurisdicional, afrontando o princípio constitucional do juiz natural. Por essa razão, o vício jamais se convalida (a incompetência absoluta não se prorroga), pode ser reconhecida *ex officio* pelo órgão jurisdicional a qualquer tempo (CPP, art. 109) e independe de comprovação do

17. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 622.

prejuízo, o que vale dizer: incompetência absoluta é causa geradora de nulidade absoluta do processo".

Mais adiante, o autor citado arremata:[18]

"No caso de julgamento da causa por juízo ou tribunal de exceção, o vício é muito mais grave do que a incompetência absoluta (em razão da matéria, da hierarquia etc.) Nessa hipótese de afronta ao princípio constitucional do juiz natural (CF/88, art. 5.º, XXXVII), verifica-se a inexistência do processo e julgamento, pois a autoridade responsável não pode ser considerada juiz. É como se um qualquer do povo proferisse a decisão. Não se trata de discutir se o juízo tem capacidade jurisdicional ou não, pois sequer existe juízo".

Entretanto, Grinover, Fernandes e Gomes Filho[19] esboçam o seguinte entendimento sobre a matéria, trazendo, muito possivelmente, os argumentos mais fortes acerca da caracterização de inexistência por vício de incompetência constitucional:

"Como já se viu, a coisa julgada exerce o papel de sanatória dos atos nulos, e até dos inexistentes praticados no processo, antes da sentença; só mediante revisão criminal ou *habeas corpus* poderá ser argüida a nulidade ou a inexistência de atos processuais, cobertos pela coisa julgada material (CPP, art. 621, I e II). Não haverá, assim, a possibilidade de desconstituir a coisa julgada que tenha favorecido o réu. Mas, em se tratando de *sentença inexistente* (proferida por juiz constitucionalmente incompetente, em contraste com o art. 5.º, LIII, da CF/88), esta simplesmente não transitaria em julgado, sendo nenhuma sua eficácia. Poderia o vício ser declarado *pro societate*, formulando a acusação nova pretensão punitiva e, na argüição de coisa julgada oferecida pela defesa (arts. 95, V, e 110 do CPP), argumentar com a não-ocorrência desta, por ser a sentença inexistente? Não. Em se tratando de processo penal, o rigor técnico da ciência processual há de ceder

18. CAPEZ, F. *Op. cit.*, p. 624.

19. GRINOVER, A. P. *et. al. Op. cit.*, p. 48-49.

perante os princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*. E o dogma do *ne bis in idem* deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito de fato delituoso que foi objeto de outra ação penal".

Ora soa como incongruente a afirmativa de que a sentença proferida por órgão incompetente constitucionalmente deve ser tida como inexistente, pois não seria possível se levantar contra a defesa a ocorrência da coisa julgada, e, ao mesmo tempo, aceitar que um ato inexistente, inapto a produzir a imutabilidade inerente à coisa julgada, quando prejudicar a acusação e somente ela, passe a produzir os mesmos efeitos, porque a situação beneficia unicamente a defesa.

Se determinado vício acarreta a inexistência da relação processual, esta relação não produz qualquer efeito a favor ou contra nenhuma das partes, pois não é possível que surja algo do que não existe.

Daí porque Karam[20] faz essa percuciente observação:

"Reservada a inexistência jurídica para o processo desenvolvido perante pessoa que, por não estar investida no cargo judiciário ou por já ter dele se desligado, não é órgão dotado de jurisdição, pode-se afirmar a lógica conseqüência de que nenhum efeito jurídico será produzido por quaisquer dos atos realizados em tal situação de fato, não havendo sentença ou coisa julgada, em nenhuma hipótese, nem mesmo quando absolvido o réu. Inexistindo uma real intervenção de um órgão estatal em situação que só aparentemente era um processo, não haveria violação do princípio do *ne bis in idem* na propositura de nova ação penal em que se deduzisse pretensão punitiva fundada no mesmo fato, pois, com esta nova ação penal, não se estaria renovando a persecução penal, que simplesmente não se concretizara na situação anterior".

Os respeitáveis autores entram em contradição, ainda, quando reconhecem que o princípio do *ne bis in idem* "como impedimento para o segundo juiz de manifestar-se em outro processo, contra o mesmo réu e pelo mesmo fato, é prin-

20. KARAM, M. L. *Op. cit.*, p. 56.

cípio que se liga tecnicamente à coisa julgada, em sua função negativa".[21] É dizer, mesmo tendo ciência que só é possível se falar em *ne bis in idem* como conseqüência do trânsito em julgado de uma sentença válida ou inválida, contudo existente, pretendem que o referido princípio seja aplicado, apenas em favor da defesa, em caso de reconhecimento de inexistência de processo e julgamento por incompetência constitucional.

Como se aplicar o princípio do *ne bis in idem* então se não houve coisa julgada? Como aceitar que um ato que foi declarado inexistente gere efeitos apenas em favor de uma das partes? Como aceitar cientificamente que sejam considerados "dois pesos e duas medidas", sem a existência de norma expressa neste sentido?

Parece que a aceitação da inexistência do julgamento proferido por órgão incompetente constitucionalmente deveria aproveitar a qualquer das partes sob pena de estarmos diante de um absurdo jurídico, daí porque lógicas as premissas e conclusões do seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, consentâneo com o ensinamento acima transcrito de Tourinho Filho, apesar de não corresponder ao entendimento por nós capitaneado:

"[...] se Justiça especial lavra sentença sobre matéria desgarrada de seu absolutamente delimitado âmbito jurisdicional, não atuará, na verdade, como órgão judicante. Juridicamente não terá havido julgamento; e o aparente veredicto de direito é de ser considerado como não-existente, não podendo adquirir jamais a autoridade de coisa julgada (*RT* 521/377)".[22]

Não diverge do nosso, o pensamento esboçado por Karam,[23] conforme se depreende da seguinte passagem:

"A inadequada intervenção no processo do órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente é hipótese substancialmente diferente da interven-

21. GRINOVER, A. P. *et.al. Op. cit.*, p. 49.
22. GRINOVER, A. P. *et.al. Op. cit.*, p. 50.
23. KARAM, M. L. *Op. cit.*, p. 53-54.

ção de pessoa não regularmente investida no cargo judiciário ou dele já afastada, não se podendo atribuir a seus atos igual inidoneidade. *Tampouco faz sentido atribuir diferentes conseqüências (com um maior ou menor grau de inidoneidade) a atos que se identifiquem com uma mesma categoria jurídica, de modo a fazer com que a proclamada inexistência do processo na primeira hipótese, ao contrário do que logicamente ocorre na segunda, gere determinados efeitos jurídicos (impostos por inafastáveis particularidades do processo penal, vinculadas à tutela da liberdade)*". (Destacamos).

Entretanto, como visto, o processo instaurado perante juízo incompetente constitucionalmente e a decisão por ele proferida, por uma questão de lógica e de adoção da moderna ciência processual dos pressupostos processuais, devem ser tidos como contaminados de nulidade absoluta.

Com isso não se quer dizer que deva prevalecer a decisão prolatada por órgão incompetente segundo a Constituição, mas apenas que tal vício corresponde à nulidade absoluta do processo e do julgamento e não à inexistência do processo e do julgamento.

Assim sendo, diante do teor imperativo e da clareza da norma contida no inc. LIII, do art. 5.º, da CF/88, que preceitua que "ninguém será processado nem sentenciado pela autoridade competente", deve ser defendido que é possível, agora no âmbito mesmo do processo civil, a rescisão da sentença proferida pelo juízo constitucionalmente incompetente, a qualquer tempo, e não só no exíguo prazo previsto para a ação rescisória. O mesmo só não é defensável no campo do processo penal, em razão dos motivos já capitaneados e que serão mais adiante pormenorizados, principalmente pela amplitude do direito constitucional à liberdade, tal qual reconhecido em nossa Constituição.

3.2 Efeitos decorrentes do vício da incompetência constitucional

Seguindo a regra da nulidade absoluta, a incompetência constitucional pode ser reconhecida pelo órgão julgador, independentemente de provocação, em primeiro grau de jurisdição ou em caso de reexame necessário.

Em segundo grau de jurisdição, a incompetência constitucional somente pode ser reconhecida de ofício se a nulidade favorecer a defesa. Caso a nulidade venha a beneficiar a acusação, o vício deverá ter sido argüido como preliminar do recurso.[24]

Na hipótese de não ter sido argüida a incompetência constitucional, ou não a tendo reconhecido o juízo ou tribunal, transitando em julgado a decisão, tal julgamento será capaz de produzir os efeitos a ele inerentes, quer haja prejuízo para acusação, quer para a defesa.

Acontece que, diante do princípio do *favor rei* e do *favor libertatis*, prevê nosso ordenamento diversos institutos em benefício da defesa, privilegiando o *status libertatis* do cidadão em detrimento do *jus puniendi* estatal, a fim de remediar ilegalidades ou erros judiciários praticados contra o indivíduo. Dentre estes institutos estão o *habeas corpus* e a revisão criminal, conhecidos também sob a nomenclatura de "ações autônomas de impugnação",[25] ambos com natureza jurídica diversa da correspondente aos recursos, uma vez que estes devem ser entendidos como continuação ou nova fase de uma relação processual anteriormente instaurada, enquanto que aqueles se constituem verdadeiramente em ações instauradoras de novas relações processuais.

Dispõe o art. 648, III e VI, do CPP, *in verbis*:

"Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

(...)

III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

(...)

VI – quando o processo for manifestamente nulo".

Como o *habeas corpus* é ação constitucional destinada à proteção do direito de ir e vir do cidadão por ilegalidade e abuso de poder, e como a ação penal por

24. Nesse sentido, cf. Súmula 160 do STF: "É nula a decisão do Tribunal que acolhe contra o réu nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício".

25. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Recursos no processo penal*. São Paulo: RT, 1996. p. 29-30.

si só já representa ameaça à liberdade de locomoção, pela possibilidade de imposição de sanção privativa de liberdade, patente que a desobediência à norma constitucional de competência, em matéria penal, permite que o acusado, ou alguém em nome dele, faça uso da ação de *habeas corpus*, para que seja declarada a nulidade do julgamento realizado, ou que o tribunal conceda, de ofício, a ordem para declarar a nulidade pela incompetência, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, em face da ilegalidade cometida, de natureza mais grave, haja vista a hierarquia da norma afrontada.

Por sua vez, preceitua o art. 626, *caput*, do CPP:

"Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena *ou anular o processo*". (Destacou-se).

Assim, tendo sido proferido julgamento por juízo ou tribunal incompetente constitucionalmente e tendo transitado em julgado tal decisão, poderá o tribunal, mediante requerimento da parte legítima, anular o processo e o julgamento, apesar de o art. 621, CPP, não disciplinar a incompetência como hipótese de admissibilidade da revisão criminal, pois o art. 626, *caput*, ao prever que o tribunal pode anular o processo, abarcou a hipótese de todo e qualquer vício que acarrete inexistência ou nulidade absoluta do julgamento, desde que favoreça a defesa.[26]

Como visto, tais remédios somente podem ser utilizados pelo acusado ou em seu favor,[27] razão pela qual se alguém tiver sido absolvido definitivamente por

26. Cf. GRINOVER, A. P. *et al. Op. cit.*, p. 37-38.

27. Comentam Paulo S. L. Fernandes e Geórgia B. Fernandes que "A principal característica da nulidade absoluta é a possibilidade de ser declarada em qualquer fase do procedimento, inclusive após o trânsito em julgado de sentença condenatória. Diz-se *condenatória* porque a lei processual penal brasileira não estabeleceu para a acusação qualquer possibilidade de ser revista a seu favor, após o trânsito em julgado, sentença que houver coroado processo nulo, julgando o mérito da pretensão. No Direito Brasileiro, pois, as nulidades absolutas são declaráveis a qualquer tempo, mas para a acusação o 'a qualquer tempo' tem seu termo final no trânsito em julgado, enquanto que para o réu se dirige a qualquer tempo mesmo, inclusive depois do cumprimento da pena..." (*Op. cit.*, p. 42).

órgão incompetente constitucionalmente, nada poderá fazer a acusação, funcionando a coisa julgada como causa purificadora dos vícios havidos no processo, em decorrência do princípio do *ne bis in idem*. Perceba-se que, neste aspecto, tal princípio foi expressamente sufragado em nosso ordenamento, *ex vi* do art. 5.º, § 2.º, da Magna Carta, pelo art. 8.º, n. 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Dec. 678, de 06.11.1992, *verbis*: "O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos".

Mas se tiver havido condenação definitiva imposta por órgão incompetente constitucionalmente? Sendo declarado o vício em sede de *habeas corpus* ou revisão criminal, poderá a acusação promover novo processo contra o acusado, agora perante o órgão constitucionalmente competente?

A resposta afirmativa, por óbvio, se impõe. A declaração do vício, por si só, já representa um grande benefício ao acusado, pela desconstituição da sentença, aliada à determinação de que o julgamento deverá ser proferido perante o órgão jurisdicional competente segundo a Carta Política, que, em tese, se constitui o mais apto para tal mister.[28]

Além disso, aplicando-se o princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta, criação jurisprudencial correntemente aceita, apesar das críticas a tal possibilidade de vedação, surge para o acusado um outro benefício, ou seja, a obrigatoriedade de que, sobrevindo nova condenação, a pena fixada não venha a exceder o montante da pena anteriormente alcançado pelo juiz incompetente constitucionalmente.

Perceba-se a impossibilidade de aplicação do disposto no art. 8.º, n. 4, do Dec.. 678/92, posto que não houve absolvição, podendo o acusado ser novamen-

28. "'A anulação do feito *ab initio* não impede a renovação do processo, antes a impondo, para o julgamento de mérito. De rigor a solução, porque eventual decisão anulatória não implica em absolvição do acusado' (TACRIM-SP-HC-Rel. Lauro Malheiros – JUTACRIM-SP 35/116)". (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*.. São Paulo: RT, 1999. v. 2. p. 2720).

te processado pelos mesmos fatos, em virtude da anulação da decisão de mérito, não absolutória, existente sobre os mesmos.

O único obstáculo a ser observado em caso da equivocada ação do Estado por parte de seus órgãos de persecução penal e de jurisdição, quando tiver havido condenação pelo órgão incompetente e posterior renovação da relação processual, agora perante o órgão competente, diz respeito à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.[29] Entretanto, não tendo havido prescrição, mostra-se possível que o órgão constitucionalmente competente profira decisão sobre a acusação acerca dos fatos já apreciados em decisão condenatória, nula absolutamente por desrespeito às regras constitucionais de competência, no caso de anulação obtida pela defesa por meio de *habeas corpus* ou revisão criminal.[30]

Outra dificuldade diz respeito à declaração de nulidade de uma sentença condenatória, proferida por juízo incompetente constitucionalmente, em recurso exclusivo da defesa, isto é, antes do trânsito em julgado da referida decisão. Caso tal sentença fosse considerada inexistente, como explicar satisfatoriamente a proibição da *reformatio in pejus* indireta? Em outras palavras, como subsistiriam efeitos de um ato tido como inexistente, para impedir que o acusado fosse apenado mais severamente em um segundo julgamento?

O raciocínio desenvolvido para a resolução da dúvida antecedente pode ser utilizado também para a obtenção das respostas satisfatórias a estes questionamentos. A caracterização do vício como nulidade absoluta do processo e do

29. Acerca da interrupção da prescrição ou não pelo recebimento da denúncia por juízo incompetente constitucionalmente, veja-se *infra*, nota de rodapé n. 44.

30. Note-se que, na hipótese em debate, sendo declarada a nulidade de todo o processo, de nenhum efeito o recebimento da denúncia anterior, feito pelo juiz incompetente, não se constituindo causa interruptiva da prescrição. Há quem entenda *de lege ferenda* que a regra do *ne bis in idem* deveria atuar inclusive nesta situação, proibindo a renovação do processo perante o juízo constitucionalmente competente, assentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, dignidade que estaria sendo afrontada com a submissão do acusado a um novo julgamento, por erro do aparelho repressor estatal.

julgamento permite, pela retirada apenas parcial dos efeitos da decisão,[31] o resguardo do princípio da vedação da *reformatio in pejus*, haja vista que a sentença existiu, posto que inválida, vedando-se, por exemplo, que o novo julgamento, proferido agora pelo órgão competente, exceda o limite máximo da pena imposta no primeiro julgamento.

Sem questionar o acerto ou desacerto da aplicação da vedação da *reformatio in pejus* indireta, apesar de que nosso entendimento pessoal é no sentido de a considerar como uma solução válida e consentânea com os fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, fato é que o Supremo Tribunal Federal, assim como a doutrina majoritária, a reconhece, com tranqüilidade, como válida, estendendo o benefício estatuído pelo art. 617, do CPP, às hipóteses em que tenha havido apenas recurso da defesa, e o órgão *ad quem* tenha reconhecido a nulidade do julgamento.

Note-se que a mais alta Corte de nosso país já manifestava este pensar há mais de trinta anos. Todavia, é de se assinalar que, nos fins da década de 70, o STF não estendia este entendimento aos casos de declaração de nulidade do processo em razão de incompetência absoluta, quando, nesta hipótese, a nova decisão poderia ultrapassar os limites da condenação anterior. É o que se depreende do seguinte acórdão, proferido após longa discussão entre os Ministros, com seguidos pedidos de vista dos autos do recurso, onde se reafirmou a impossibilidade da *reformatio in pejus* indireta:

"*Reformatio in pejus* indireta. Anulado por vício formal o processo penal, e com ele a sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do processo, vir a ser condenado a pena maior do que aquela que lhe impusera a sentença anulada. Ressalva, em termos, da hipótese de incompetência absoluta. Votos vencidos. Nulidade parcial do acórdão, limitada

31. Lembre-se que, segundo a melhor doutrina, a nulidade deve ser entendida como a irregularidade que, se reconhecida, poderá fazer com que o juiz ou tribunal retire, do ato ou conjunto de atos processuais contaminados, sua eficácia, totalmente ou apenas em parte.

ao ponto no qual impôs pena com excesso indevido. Provimento, em parte, do recurso, para o fim de ser a pena reduzida ao limite permitido(...)". (Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, RE Criminal 87.394– RJ, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, decisão em 05.12.1978, por maioria de votos. Revista Trimestral de Jurisprudência. jun. 1979, vol. 88, p. 1018-1030).

Sem embargo, recentemente o Excelso Supremo Tribunal Federal reviu seu entendimento anterior, a fim de estender, aos casos de anulação decorrentes do reconhecimento da incompetência constitucional, o princípio da *reformatio in pejus* indireta, conforme adiante se comprova:

"EMENTA: *Reformatio in pejus indireta: aplicação à hipótese de consumação da prescrição segundo a pena concretizada na sentença anulada, em recurso exclusivo da defesa, ainda que por incompetência absoluta da Justiça de que promanou.*

I. Anulada uma sentença mediante recurso exclusivo da defesa, da renovação do ato não pode resultar para o réu situação mais desfavorável que a que lhe resultaria do trânsito em julgado da decisão de que somente ele recorreu: é o que resulta da vedação da *reformatio in pejus* indireta, de há muito consolidada na jurisprudência do Tribunal.

II. *Aceito o princípio, é ele de aplicar-se ainda quando a anulação da primeira sentença decorra da incompetência constitucional da Justiça da qual emanou*(...)".. (STF, Primeira Turma, HC 75.907-3 – RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, decisão 11.11.97, por maioria de votos, publicada no *DJ* 09.04.1999. LEX – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ano 21, ago./1999, n. 248, p. 262-269). (Destaques acrescidos).

O novel entendimento foi mais uma vez confirmado pela Corte Suprema, senão vejamos:

"Ementa: *Habeas corpus*. Paciente absolvido em primeira instância. Preliminar de incompetência, não suscitada na apelação do Ministério Público, acolhida de ofício pelo Tribunal, por tratar-se de nulidade absoluta. Alegação de que a sentença absolutária transitou em julgado em tudo aquilo que não foi objeto do

recurso do *parquet*. Pretensão de aplicação da Súmula 160/STF, com a manutenção da absolvição diante da impossibilidade de haver nova decisão mais gravosa ao réu. O Tribunal, ao julgar apelação do Ministério Público contra sentença absolutória, não pode acolher nulidade – ainda que absoluta –, não veiculada no recurso da acusação. Interpretação da Súmula 160/STF que não faz distinção entre nulidade absoluta e relativa. Os atos praticados por órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente são atos nulos e não inexistentes, já que proferidos por juiz regularmente investido de jurisdição, que, como se sabe, é una. Assim, a nulidade decorrente de sentença prolatada com vício de incompetência de juízo precisa ser declarada e, embora não possua o alcance das decisões válidas, pode produzir efeitos. Precedentes. A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo. *Por isso, estando o Tribunal, quando do julgamento da apelação, adstrito ao exame da matéria impugnada pelo recorrente, não pode invocar questão prejudicial ao réu não veiculada no referido recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, decorrente da incompetência do juízo. Habeas corpus* deferido em parte para que, afastada a incompetência, seja julgada a apelação em seu mérito[SIC]". (STF, Primeira Turma, HC 80.263-3 – SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, decisão 20.02.2003, por maioria de votos, publicada no *DJ* 27.06.2003). (Destaques acrescidos)

Como se sabe, a proibição da *reformatio in pejus* em detrimento da defesa decorre do princípio da personalidade dos recursos, previsto no citado art. 617, do CPP, não havendo regra similar em favor da acusação. Porém, mesmo tratando tal dispositivo da hipótese de julgamento pelo tribunal de recurso que atacou sentença de mérito (condenatória), em homenagem aos princípios do *favor rei* e

favor libertatis, bem assim atendendo-se aos princípios da simplicidade e economia processual, busca-se evitar perda de atividade processual desnecessária, com prejuízo para o réu, pois o mesmo benefício poderia ser alcançado posteriormente em sede de *habeas corpus* ou revisão criminal.[32]

Assim, a partir da aplicação do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta, não consiste absurda a proibição de que o órgão constitucionalmente competente possa agravar a situação do réu, pois isto seria o mesmo que penitenciar o acusado por culpa do Estado, isto é, em razão da falha do sistema judiciário como um todo.

Conquanto cause perplexidade que um juízo incompetente constitucionalmente possa vincular a íntima convicção do juiz natural, mormente quando, pela adoção do pacto federativo, aceita-se a autonomia dos entes federados, como é a hipótese de a decisão da Justiça Estadual Comum vincular a decisão de Justiça da União, quer Especial, quer Federal Comum, ou vice-versa, tem-se que o próprio pacto federativo deve ceder em razão das extensas garantias conferidas ao cidadão pelo Estado Democrático de Direito.

Excetua-se, logicamente, a hipótese de o órgão verdadeiramente competente ser o Tribunal do Júri, quando, segundo o entendimento predominante da doutrina e da jurisprudência, com base na garantia constitucional da soberania dos veredictos, não será possível proibir-se a *reformatio in pejus* indireta em relação à defesa.

Por exemplo, suponha-se que alguém tenha praticado um homicídio doloso, mas venha a ser processado por latrocínio, ou lesão corporal seguida de morte. Até o momento da prolação da sentença caberia ao juízo monocrático desclassificar a conduta, isto é, dar nova definição jurídica aos fatos contidos na inicial, reconhecendo sua incompetência, e remeter o processo ao juízo competente, para que o acusado fosse submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, seu juiz natural.

32. Cf. GRINOVER, A. P *et al. Op. cit.*, p. 46.

Pode ocorrer, porém, que não seja desclassificada a conduta, e venha o juízo monocrático a proferir sentença, mesmo sendo incompetente em face da Constituição da República. Numa hipótese esdrúxula, poderia ocorrer mesmo de o juízo monocrático, apesar de saber da competência constitucional do Tribunal do Júri, resolver julgar o delito. Nos dois casos, seja por meio de recurso veiculado pela acusação ou defesa, seja através de *habeas corpus* ou revisão criminal, poderia o Tribunal respectivo declarar a nulidade absoluta da sentença, vez que proferida por órgão incompetente constitucionalmente. Nesta hipótese, existindo um postulado maior que deve reger a espécie, a soberania dos veredictos (art. 5.º, XXXVIII, *c*), anulada a sentença condenatória, poderá o Tribunal do Júri, verdadeiramente competente, decidir de forma a agravar a pena do acusado, não interessando o *quantum* alcançado pelo juízo comum monocrático.

Pense-se também na hipótese de a Justiça Eleitoral, que tem competência para o julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que forem a ele conexos, nos termos do art. 121, da Constituição Federal, combinado com o art. 35, II, do Código Eleitoral, viesse a julgar crime doloso contra a vida, da competência do Tribunal do Júri, por ser conexo ao crime eleitoral. Como se sabe, sendo as duas competências aqui retratadas de fundo constitucional, a partir do mesmo critério, em razão da matéria,[33] obrigatória a disjunção do processo e do julgamento, razão pela qual, tendo havido julgamento pelo órgão incompetente constitu-

33. Perceba-se que a hipótese ora retratada difere da regra utilizada para, afastando a competência do Tribunal do Júri, submeter o acusado que goze de foro por prerrogativa de função ao tribunal respectivo, pois nesta há uma norma especial de fundo constitucional que utiliza um novo critério de fixação da competência, qual seja o funcional, para afastar a competência do Tribunal do Júri, que tem sua competência firmada pela utilização do critério *rationae materiae*. Se não fosse assim, seria possível que a Justiça Eleitoral tivesse sua competência prorrogada para julgar também os crimes militares que lhe fossem conexos, o que seria efetivamente um absurdo, dada a especialidade de ambas as justiças, justamente pelas matérias que lhes cumprem conhecer e julgar, em face da previsão constitucional. Nesse sentido, isto é, da disjunção dos processos, devendo o Tribunal do Júri julgar o crime doloso contra a vida e a Justiça Eleitoral julgar o crime eleitoral, cf. CAPEZ, *Curso de processo penal*, p. 206-207. Em sentido diverso, pela competência da Justiça Eleitoral, por conexão, para processar e julgar não só o crime eleitoral, mas também o doloso contra a vida, cf. TOURINHO FILHO, *Processo penal*, vol. 2, p. 189-190.

cionalmente, poderá o Tribunal do Júri, em nova apreciação do mérito, proferir decisão que venha a agravar a situação do acusado.

Diversa, entretanto, apesar de também ser autorizada a *reformatio in pejus* em desfavor da defesa, a situação em que o Tribunal do Júri, após uma primeira anulação, venha a entender pela presença de uma agravante ou uma qualificadora não anteriormente reconhecida pelo próprio tribunal popular. Também nesta hipótese poderá o juiz presidente exasperar a pena do acusado, em respeito ao princípio da soberania dos veredictos, mas aqui, repita-se, diferentemente, não se está diante de caso de afronta às regras de competência previstas na Magna Carta.

Viu-se, até aqui, que o primeiro efeito da incompetência constitucional é a possibilidade da declaração da nulidade absoluta do julgamento, em face de seu enquadramento como incompetência absoluta, e que tal vício pode ser levantado pela defesa a qualquer tempo, não se podendo dizer o mesmo quanto à acusação.

Resta agora desvendar se a nulidade absoluta derivada da incompetência constitucional contamina apenas os atos decisórios ou se outros atos do processo também se apresentam acoimados de defeito irremediável, devendo, portanto, ser anulados.

Quanto a esta dúvida, não há entendimento pacífico, quer situemos a discussão sobre o que escreve a doutrina, quer nos reportemos às decisões dos tribunais pátrios.

A dificuldade surge a partir da leitura do art. 567 do CPP, que estabelece:

"Art. 567. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente".

De acordo com esta regra, em todas as hipóteses em que fosse reconhecida a incompetência, absoluta ou relativa, tal reconhecimento somente teria o con-

dão de anular os atos decisórios, uma vez que não foi feita nenhuma ressalva pela lei processual penal.[34]

A esse respeito, vejamos o posicionamento de alguns doutrinadores pátrios:[35]

"'[...] A competência envolve, evidentemente, a existência de um processo que, sem essa garantia, é considerado um não-processo e, por tal razão, é que está vedada na Carta a existência de Tribunais de Exceção. O reconhecimento de incompetência relativa do juízo anula somente os atos decisórios *ex vi* art. 567 do CPP(...) A incompetência absoluta anula todos os atos, mesmos os não decisórios[...]'.[36]

'[...] Quanto às conseqüências do reconhecimento da incompetência absoluta e da relativa, são duas as situações: no caso da *incompetência relativa*, serão anulados somente os atos decisórios, que são aqueles em que há decisão de mérito, aproveitando-se os atos instrutórios (CPP, art. 567). Obs: há julgados que afirmam que o recebimento da denúncia, apesar de possuir carga decisória, pode ser ratificado pelo juiz competente. Na *incompetência absoluta*, todos os atos serão anulados, mesmo os não decisórios, como colheita de prova oral, deferimento da perícia etc[...]'.[37]

'[...] Segundo a lei, porém, a *incompetência* do juízo anula somente os atos decisórios (art. 567, 1ª parte). Atos decisórios são aqueles em que se decide pelo mérito, ainda que em parte. Apesar do que dispõe o art. 567, porém, a incompetência *rationae personae* e *rationae materiae* são de caráter absoluto, e pode ser

34. Merece destaque o esclarecimento feito por Ada P. Grinover, Antonio S. Fernandes e Antonio M. G. Filho no sentido de que não se podia esperar outra coisa de um código editado sob a égide da Carta Constitucional de 1937, que havia suprimido a garantia do juiz natural, tanto no que diz respeito à vedação de juízos de exceção, quanto em relação a assegurar o julgamento do acusado pelo juiz constitucionalmente competente. (*As nulidades do processo penal. Op. cit.*, p. 48).

35. Acerca da lição de Tourinho Filho, ver *supra* o item 5.1.

36. NASSIF, A. *Op. cit.*, p. 39-40.

37. CAPEZ, F. *Op. cit.*, p. 623-624.

alegada a qualquer momento, devendo o processo ser anulado *ab initio*. Assim, o chamado princípio do aproveitamento dos atos processuais só pode ser aceito na hipótese de incompetência *rationae loci*, causa de nulidade relativa, que deve ser alegada oportunamente."'[38]

Acontece que, conforme mencionado na introdução deste estudo, a promulgação da Carta Constitucional de 1988 fez com que surgisse a obrigação para o intérprete de adequar a legislação infra-constitucional às normas e princípios inseridos expressa ou implicitamente na Constituição.

Nesse diapasão, tem-se que a solução da atual dúvida não prescinde da aplicação do princípio do juiz natural.

Como visto, o princípio do juiz natural revela duas expressões, a saber, a proibição dos tribunais ou juízos de exceção, e a garantia de que o cidadão não poderá ser *processado* nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5.º, LIII, CF/88).

O conteúdo deste dispositivo faz com que a afronta à norma constitucional de competência acarrete mais que a anulação apenas dos atos decisórios. Assim, como ensina Maria Lúcia Karam, não é da incompetência absoluta em si que surge a nulidade dos atos do processo que não sejam apenas decisórios, de acordo com o disposto no art. 567, do CPP, mas sim em função do desrespeito ao princípio do juiz natural que alberga a garantia do processo e julgamento perante o juiz constitucionalmente competente.

Como aceitar que o juízo constitucionalmente incompetente realize toda a colheita de provas e, com o posterior reconhecimento da incompetência, possa o juiz competente atuar a jurisdição com firmeza. Será que o juiz competente não teria conduzido a instrução de outra forma, a fim de formar seu convencimento?

Qualquer questionamento que se faça, porém, não exclui a nulidade dos atos de instrução, uma vez que, conforme sustentado, a afronta à norma constitu-

38. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 11ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2001. p. 594.

cional traz em si evidente o prejuízo que resulta para as partes, não sendo necessária sua demonstração.

É possível que se enxergue, a princípio, excesso de formalismo na adoção deste entendimento. Exemplificando, suponha-se a hipótese de processo cuja instrução foi encetada totalmente por um órgão da Justiça Comum Estadual e, posteriormente, tendo sido verificada a incompetência constitucional, remetido ao órgão da Justiça Federal Comum, verdadeiramente competente, ou vice-versa.

Pode-se argumentar, neste mesmo exemplo, que, muitas vezes, o juízo federal depreca ao juízo estadual a realização de atos de instrução, como comumente ocorre com a oitiva de testemunhas, sendo desnecessário que, em caso de incompetência constitucional anteriormente declarada, tenha o órgão competente que repetir toda a instrução, desde que seja oportunizado às partes o direito de se manifestarem sobre a prova produzida. Verifica-se, assim, que os atos probatórios, sob esta égide, seriam contaminados apenas de nulidade relativa e, por conseqüência, suscetíveis de convalidação.

Não obstante o sentido prático deste entendimento e a autoridade dos que o defendem, tem-se que o desrespeito ao princípio do juiz natural, como norma de garantia, tanto do indivíduo, quanto do próprio Estado, consoante já repisado, evidencia o prejuízo sofrido pelas partes, não havendo espaço, neste âmbito, para caracterização dos atos como inquinados de nulidade relativa.

Além disso, pondera-se que, no exemplo citado, o juízo de direito somente praticou os atos de instrução porque houve a solicitação expressa do órgão constitucionalmente competente, diferentemente do que ocorre quando a instrução foi realizada diretamente pelo órgão que não detinha competência constitucional.

Abalizando o que aqui se sustenta, observem-se os seguintes acórdãos:

"'Ementa: Processual penal. *Habeas corpus*. Crime cometido contra empresa pública federal. A competência é da Justiça Federal, não cabendo à Justiça Estadual processual processar e julgar o delito. Gerada a incompetência, concede-se *Habeas corpus* para anular o processo *ab initio* e ordenar a soltura do réu preso,

condenado por sentença.' (STJ, Sexta Turma, HC 51 –SP, Relator Ministro Anselmo Santiago, decisão 19.09.99, unânime. In: Revista do Superior Tribunal de Justiça, jan./1990, n. 5, p. 165).

'Anulado o procedimento penal *ab initio*, inadmissível aproveitar-se o Magistrado dos elementos produzidos na anterior instrução, cumprindo-lhe renovar a prova acusatória antes de prolatar nova decisão definitiva.' (TACRIM-SP – AP – Rel. Onei Raphael – *JUTACRIM-SP* 32/253)".[39]

Entendemos que a nulidade alcança ainda outros atos. É que da interpretação do inc. LIII, art. 5.º, da Magna Carta, decorre não só a aceitação do princípio do juiz natural, mas também do promotor natural, conforme entendimento assente no Supremo Tribunal Federal.[40]

Nesse passo, o que dizer de uma denúncia oferecida por um Promotor de Justiça quando a atribuição para tal mister fosse do Procurador da República em exercício perante determinado Juízo Federal?

Para elucidação desta questão, oportuna a transcrição do ensinamento de Silva Júnior:[41]

"[...] a organização do Ministério Público é primada, da mesma forma que a do Poder Judiciário, pela cláusula da unicidade, porém, em homenagem ao sistema federativo, apresenta-se de forma dual. Observe-se que o poder político, embora uno, espraia-se em funções distintas, sendo exercido por órgãos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, cada um executando as atribuições que lhes são cometidas. O Judiciário, a quem compete, enquanto função típica, o exercício da atividade jurisdicional, em obséquio à forma federativa, organiza-se dividindo-se, no que diz respeito à jurisdição comum, em Justiça Federal e Esta-

39. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 2720.

40. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu expressamente a existência deste princípio. Veja-se a esse respeito o HC 67.759/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *RTJ*, 150/123 e HC 69.599, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, 27 ago. 1997, p. 17020 (CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal.* 7ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25).

41. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Litisconsórcio entre Ministério Público Federal e Estadual. *Revista Consulex*, São Paulo: ano 3, n. 25, p. 27, jan. 1999.

dual. Como o Ministério Público atua junto ao Judiciário, sendo essencial a sua atuação na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, por imposição do sistema federativo, também é organizado, no que respeita à justiça comum, em duas partes: Ministério Público Federal e Estadual. O primeiro para atuar nas causas de competência da Justiça Federal, enquanto o segundo para figurar nos processos em que a apreciação seja afeta à Justiça Estadual. *Se assim não fosse, em nome dos princípios da unidade e da indivisibilidade, estampados no § 1.º do art. 127 da Lei Fundamental, não haveria a necessidade de o Ministério Público estruturar-se de forma dual. Repita-se: só é concebido dessa maneira, em razão do sistema federativo e da própria organização do Poder Judiciário, Poder Político perante o qual funciona*". (Destaques nossos).

Pensamos, dessa maneira, que os atos postulatórios, na hipótese de incompetência constitucional, também são contaminados de nulidade absoluta, devendo os autos, após a remessa ao juízo competente, serem encaminhados ao órgão ministerial com atribuição perante aquele, a fim de que forme sua íntima convicção acerca do fato, conforme se depreende dos seguintes acórdãos:

"'Tratando-se de crime atribuído a funcionário público federal, que o teria cometido em razão da função, a competência para dele conhecer e julgar é da Justiça Federal, sendo nulo, desde a denúncia, o processo intentado na Justiça Comum.' (TJSP – HC – Rel. Cavalcanti Silva – *RT* 471/296).[42]

'Se a Justiça Estadual era absolutamente incompetente para apreciar a matéria, já exclusivamente destinada ao conhecimento da Justiça Federal, tudo quanto se fez no processo, inclusive a denúncia, é radicalmente nulo.' (TJSP – AP – Rel. Adriano Marrey – *RT* 449/395)".[43]

Recebendo os autos o membro do Ministério Público pode formar entendimento diverso do esboçado pelo seu antecessor, o que poderia favorecer o acusado. Desse modo, poderá o órgão ministerial entender que o fato descrito no inquérito

42. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 2709.

43. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 2710.

policial ou nas peças de informação não constitui crime, ou que não há justa causa para a propositura de ação penal, e, por esses motivos, solicitar o arquivamento do inquérito ou peças de informação, de acordo com o disposto no art. 28, do CPP.

É certo que, da mesma forma que o juízo competente fica jungido à decisão anterior, em razão da proibição da *reformatio in pejus* indireta, também o órgão do Ministério Público terá que pautar sua atividade em consonância com o princípio.

Sem embargo, a simples possibilidade de o acusado ser beneficiado com o entendimento do órgão ministerial verdadeiramente legitimado a propor a ação penal, torna imperativo o atendimento ao preceito contido no inc. LIII, art. 5.º, CF/88, pois constitui garantia fundamental do acusado seu processamento perante as autoridades competentes segundo a Constituição. Ou, em outras palavras, o prejuízo pela desobediência às normas constitucionais de garantia é evidente, sendo imperativa a anulação dos atos postulatórios.

Diga-se, também, que se o membro do Ministério Público concordar com o entendimento de seu antecessor não precisará elaborar uma nova denúncia, isto em homenagem ao princípio da economia processual, bastando que ratifique a peça instauradora da ação penal.

Sendo o ato postulatório nulo, conseqüentemente todos os atos posteriores também o são, razão pela qual se impõe o novo recebimento da denúncia,[44] a nova citação do réu etc.

Cremos então que a aplicação do art. 567, do CPP, deve se restringir às hipóteses de incompetência relativa, causadoras de nulidade relativa, bem assim para as demais hipóteses de incompetência absoluta, causadoras de nulidade abso-

44. Quanto ao novo recebimento da denúncia, tem-se que é necessário, independentemente da consideração sobre a nulidade dos atos postulatórios, haja vista a sua natureza decisória e a regra do art. 567, CPP. Frise-se, ainda, que o órgão competente terá que atentar para o prazo prescricional, uma vez que, nulo absolutamente o processo desde a inicial, não há que se considerar interrompida a prescrição pelo anterior recebimento da denúncia. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a prescrição somente é interrompida pelo recebimento válido da denúncia, e não pelo anulado (Cf. STF, HC 69.047, *DJU* 24.04.92, P. 53771, *in* RBCCr 0/251; Inq. 159, *DJU* 05.12.86, p. 24079; *RT* 608/412, *RTJ* 95/1058, 90/459, *apud* DELMANTO, Celso *et al. Código penal comentado.* 4ª ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 208).

luta, sempre que a afronta se dê no plano infra-constitucional, posto que respeitadas as regras do juiz e do promotor natural, nos moldes acima demonstrados.

Segundo o que foi defendido, então, não é suficiente que se trate de incompetência absoluta para causar a nulidade de toda a relação processual. Pelo que entendemos, apenas se a incompetência absoluta derivar de desrespeito às normas estabelecidas pela Constituição da República é que esses efeitos podem ser alcançados.

Ficamos, então, com o ensinamento proposto por Karam,[45] resumido na seguinte passagem:

"Cabe ainda um comentário sobre a regra contida no art. 567 do CPP. Como já exposto, não há qualquer dificuldade na aceitação de seu comando de aproveitamento de atos outros que não os decisórios, visto que a nulidade de atos instrutórios, que se impõe tão somente no caso de incompetência resultante de inobservância de regras constitucionais, decorre não propriamente da incompetência absoluta, mas sim da violação do devido processo legal, consubstanciada no fato de terem aqueles ilegitimamente se realizado perante órgão jurisdicional que não era o juiz natural".

Ante o expendido, em caso de incompetência constitucional, em que há desrespeito ao postulado do promotor natural, a própria denúncia deve ser tida como nula absolutamente, contaminando todos os atos que a sucederem no processo, posto que patente a relação de causalidade entre a denúncia e os atos processuais que a ela se sucedem, bem assim a afronta ao postulado do juiz natural.

4. Conclusões

Do estudo, podemos extrair as seguintes conclusões:

1. A jurisdição é uma das funções básicas do Estado, por meio da qual exerce uma atividade, decorrente de sua soberania, em substituição às partes, com im-

45. KARAM, M. L. *Op. cit.*, p. 62.

parcialidade, visando a aplicação do direito material para resolução de situações litigiosas concretas, e a pacificação do meio social com justiça. Como o poder político estatal é uno, a jurisdição, emanação deste poder, também é una.

2. A competência decorre da divisão, feita a nível constitucional ou legal, acerca da parcela de causas que é dada a cada órgão do Poder Judiciário atuar no exercício da jurisdição.

3. A delimitação constitucional da competência tem por objetivo dar guarida ao postulado do juiz natural.

4. O princípio do juiz natural visa impedir, em primeiro lugar, a instituição de juízos ou tribunais de exceção, e, em segundo lugar, tenciona vedar que seja desobedecida a discriminação constitucional prévia do âmbito de atuação do órgão jurisdicional, ao estabelecer que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

5. A incompetência constitucional acarreta a incompetência absoluta do órgão jurisdicional, e, por conseqüência, a nulidade absoluta do processo e do julgamento, pela ofensa ao princípio do juiz natural, não podendo ser equiparada à ausência de jurisdição, que é o que ocorre com o julgamento proferido por juízo ou tribunal de exceção.

6. Se determinado vício acarreta a inexistência da relação processual, esta relação não produz qualquer efeito a favor ou contra nenhuma das partes, pois não é possível que surja algo do que não existe.

7. A incompetência constitucional pode ser reconhecida pelo órgão julgador, independentemente de provocação, em primeiro grau de jurisdição ou em caso de reexame necessário, e, em segundo grau de jurisdição, somente pode ser reconhecida de ofício se a nulidade aproveitar à defesa. Na hipótese de a nulidade aproveitar à acusação, o vício deverá ter sido argüido como preliminar do respectivo recurso.

8. Não tendo sido argüida a incompetência constitucional, ou, na hipótese de o juízo ou tribunal não a terem reconhecido, transitando em julgado a deci-

são, tal julgamento será capaz de produzir os efeitos a ele inerentes, quer haja prejuízo para acusação, quer para a defesa.

9. Diante do princípio do *favor rei* e do *favor libertatis*, o nosso ordenamento prevê o *habeas corpus* e a revisão criminal como ações de impugnação destinadas a remediar ilegalidades ou erros judiciários praticados contra o cidadão, razão pela qual, tendo sido proferido julgamento por juízo ou tribunal incompetente constitucionalmente, e tendo transitado em julgado tal decisão, poderá o tribunal, em favor do acusado, anular o processo e o julgamento.

10. Se alguém tiver sido absolvido definitivamente por órgão incompetente constitucionalmente, nada poderá fazer a acusação, funcionando a coisa julgada como causa purificadora dos vícios havidos no processo, em decorrência do princípio do *ne bis in idem*, acolhido expressamente pelo art. 8.º, n. 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Dec. 678, de 06.11.1992.

11. Em caso de decisão condenatória nula absolutamente por desrespeito às regras constitucionais de competência, poderá o órgão constitucionalmente competente proferir decisão acerca dos fatos já apreciados, após a anulação obtida pela defesa, quer antes do trânsito em julgado da decisão, por meio do recurso de apelação, quer após o trânsito em julgado da decisão, por meio de *habeas corpus* ou revisão criminal, desde que não tenha havido prescrição, vedando-se, a partir da aplicação do princípio da proibição da *reformatio in pejus* indireta, que o órgão constitucionalmente competente possa agravar a situação do réu.

12. Quando a afronta à norma de competência constitucional se der em prejuízo do Tribunal do Júri, ocorrendo a anulação da sentença condenatória, quer por iniciativa da acusação, quando possível, quer da defesa, poderá a pena do acusado vir a ser agravada, em atenção ao postulado da soberania dos veredictos, não sendo de nenhuma importância o *quantum* anteriormente alcançado pelo juízo monocrático.

13. Em caso de incompetência constitucional, a afronta ao princípio do juiz natural faz com que não somente os atos decisórios sejam contaminados de nulida-

de absoluta, mas também os atos probatórios, enquanto o desrespeito ao postulado do promotor natural, faz com que os atos postulatórios sejam contaminados do mesmo vício, transmitindo-se tal vício aos atos subseqüentes, o que por si só bastaria para causar a nulidade dos atos probatórios. Nesta hipótese, devem os autos, após a remessa ao juízo competente, ser encaminhados ao órgão ministerial, com atribuição perante aquele, para que forme sua íntima convicção acerca do fato.

14. A aplicação do art. 567, do CPP, restringe-se às hipóteses de incompetência relativa, causadoras de nulidade relativa, bem assim para as demais hipóteses de incompetência absoluta, causadoras de nulidade absoluta, desde que a afronta se dê no plano infra-constitucional, posto que preservadas as regras do juiz e do promotor natural.

Tendo em vista que os projetos de reforma do Código de Processo Penal não cuidam das situações aqui discutidas, e considerando, ainda, o garantismo que deve nortear o processo penal moderno, ousamos propor duas alterações ao diploma mencionado.

Assim, sugiro que seja acrescido um parágrafo único ao art. 567, do CPP, que poderia ter a seguinte redação:

"Art. 567. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

Parágrafo único. A incompetência constitucional dá causa, ainda, à anulação dos atos postulatórios e instrutórios". (Destacamos).

Por sua vez, proponho que a redação do art. 617 do CPP, passe a ter a configuração que se segue:

"Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença, *mesmo se reconhecida a incompetência constitucional do órgão prolator da sentença.*

Parágrafo único. Em caso de anulação de sentença proferida em afronta à competência constitucional do Tribunal do Júri, poderá ser agravada a pena ainda que somente o réu tenha se insurgido contra a condenação". (Destacou-se).

Como se viu, o assunto é instigante e controverso. Esperamos que o presente estudo, antes de se constituir em palavra final sobre a matéria, tenha servido para reacender a polêmica e despertar a curiosidade do leitor sobre sua relevância, haja vista que se trata de hipótese que ocorre com certa freqüência no dia-a-dia dos tribunais, devendo ser melhor examinada principalmente por aqueles que, por dever de ofício, se debruçam sobre os meandros do processo penal.

5. Documentos consultados

Anteprojetos de lei de reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 33, p. 304-364, jan./mar. 2001.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto. *Código penal comentado*. 4ª ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada P.; CINTRA, Antonio Carlos de A. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FERNANDES, Paulo Sérgio L.; FERNANDES, Geórgia B. *Nulidades no processo penal*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Introdução: a reforma do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 9, n. 33, p. 304-312, jan./mar. 2001.

GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antônio M. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antonio S. *Recursos no processo penal*: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. rev. atual. Campinas: Millennium, 2000. v. 2.

_____. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 3.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Nulidades do processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 11ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2001.

NASSIF, Aramis. *Considerações sobre nulidades no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Litisconsórcio entre Ministério Público Federal e Estadual. *Revista Consulex*. São Paulo, ano 3, n. 25, p. 25-29, jan. 1999.

TORRES, Sérgio Gabriel. *Nulidades en el processo penal*. 3ª ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

_____. *Processo penal*. 23ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3.

Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y del derecho procesal penal en la Unión Europea*

Hans Joachim Hirsch

Prof. Dr. h. c. Mult pela Universidade de Colônia.
Diretor emérito do Instituto de Criminologia da Universidade de Colônia.
Vice-presidente da Academia de Renânia do Norte Westfalia. Diretor (até 2004) da Revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*).

Sumário: 1. Introdución – 2. Histórico del proyecto *Corpus Juris* – 3. El contenido del proyecto denominado *Corpus Juris* – 4. La Ley de Orden de Detención Europea – 5. Unificación del Derecho Penal europeo.

Resumo: O autor traça um panorama crítico dos esforços de unificação do direito penal europeu, concluindo com um juízo diferenciado a respeito da possibilidade e da conveniência de uma tal unificação.

Palavras-chave: Direito penal europeu – *Corpus iuris* – Ordem de detenção européia – Responsabilidade penal da pessoa jurídica.

1. Introdución

El Prof. Dr. *Julio Maier*, a quien está dedicado, con los mejores deseos, este trabajo en su homenaje con ocasión de haber alcanzado la edad de su retiro activo

* Agradezco muy cordialmente al Prof. Dr. *Daniel R. Pastor* de la Universidad de Buenos Aires por la traducción al castellano.

de la Universidad, ha tenido siempre una relación intensa con Europa. Especialmente con Alemania mantiene desde hace décadas estrechos vínculos académicos y personales. Con una beca del *DAAD* ha preparado, entre 1963 y 1965, su tesis doctoral de derecho comparado, luego publicada en Argentina, sobre el Derecho Procesal Penal argentino y alemán. Como becario *Humboldt* estuvo en Bonn, de 1976 a 1978, para investigar acerca de la "Función normativa de la nulidad", trabajo que daría lugar a otro libro, publicado también en Buenos Aires. En 1990 estuvo nuevamente en Múnich dedicado a estudiar los temas de su gran Tratado de Derecho Procesal Penal. Nos conocemos desde su estancia en Bonn. De ahí proviene un estrecho contacto científico y personal con repercusión en Alemania y Argentina. El especial interés de *Julio Maier* en el desarrollo del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal en Europa es la razón que me ha permitido elegir para este homenaje el tema del título.

2. Histórico del proyecto *Corpus Juris*

2.1 En la versión original del *Tratado para la Fundación de la Comunidad Europea* no se había hablado una sola palabra acerca del derecho penal. Sólo se previó que la Comunidad, en los ámbitos delgados a ella, podía establecer preceptos de derecho contravencional con sanción de multa.[1] De esta competencia se ha hecho uso, en medida creciente, de modo especial en el caso de lesiones al derecho de libre competencia. No son infrecuentes las multas por varios millones de euros contra empresas.

1. Ver art. 87, apartado 2, del Tratado, en su versión de 1957. Ahora art. 83, apartado 2, según la versión de 1992. Con respecto a los Tratados se debe mencionar el Tratado para la Fundación de la Comunidad Europea, caso en el cual se trata del Tratado para la Fundación de la Comunidad Económica Europea, que entretanto ha sido modificado parcialmente (también en lo relativo a la numeración del artículado); él y el Tratado para la Fundación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acerco, de 1951, como también el Tratado para la Fundación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) constituyen las Comunidades Europeas (hoy en día se las menciona usualmente en singular). Estas tres comunidades y los tratados que son sus bases conforman el denominado primer pilar de la Unión Europea actual. Por último, se debe mencionar el Tratado de creación de la Unión Europea de 1992.

La necesidad de proteger los intereses patrimoniales llevó a que, a comienzos de los años noventa, la Unión Europea (UE), que fue el resultado de la ampliación de la Comunidad Europea, dirija la mirada al derecho penal. La excusa para ello fue especialmente, y lo sigue siendo, la existencia de casos de fraude en las subvensiones. En 1995 fue firmado por los Estados miembros un Convenio para la protección de los intereses financieros de la UE.[2] Con ese Convenio los Estados miembros se comprometieron a describir como hechos punibles en cada uno de los ordenamientos *nacionales* las "acciones defraudatorias" en perjuicio de "los intereses financieros de la Unión Europea". La regulación del fraude de subvención, que estaba en el centro de la escena de lo acordado, dio ocasión a que el legislador alemán modificará, en 1998, el § 264 del Código Penal alemán, referido a ese delito.

El Convenio de 1995 fue ampliado por medio de dos Protocolos Adicionales que también contienen reglas destinadas a la modificación de los derechos nacionales. El Primer Protocolo, aprobado en 1996,[3] está dedicado a actos de soborno y cohecho. El Segundo, de 1997,[4] contiene particularmente reglas sobre lavado de dinero y responsabilidad de las personas jurídicas.

En 1997 fue suscrito el Tratado de Amsterdam.[5] Con él, partes esenciales del denominado hasta entonces "tercer pilar" de la UE – a saber: los acuerdos sobre cooperación en los ámbitos de Justicia e Interior – fueron trasladados al "primer pilar", esto es, al Tratado para la Fundación de la Comunidad Europea. El art.

2. Decisión del Consejo de 26.7.1995 acerca de la implementación del Convenio para la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas (C 316/48 de 27.11.1995). Ver también la ordenanza marco (CE, Euratom) Nr. 2988/95 del Consejo, de 18.12.1995, sobre la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas (L 312/1 de 23.12.1995).

3. Decisión del Consejo, de 27.9.1996, sobre la elaboración de un Protocolo al Convenio para la Protección de los Intereses Financiaros de las Comunidades Europeas (C 313/1 de 23.10.1997).

4. Decisión del Consejo, de 19.6.1997, acerca de la implementación de un Segundo Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Intereses Financiaros de las Comunidades Europeas (C 221/11 de 19.7.1997).

5. Entró en vigor el 1.5.1999.

280, apartado 4, de ese Tratado, después de su modificación por el Tratado de Amsterdam, prevé que el Consejo de Ministros, para garantizar una protección efectiva e igualitaria en los Estados miembros, tome las "medidas necesarias para la evitar y combatir los fraudes que pongan en peligro los intereses financieros de la comunidad". La segunda oración de este apartado 4 determina que "la aplicación del derecho penal de los Estados miembros y de su administración judicial" no se verá afectada por estas medidas. Es discutible cuáles han de ser las consecuencias de la nueva regulación. Algunos autores sostienen que la segunda oración garantiza únicamente la continuidad de la validez del correspondiente derecho penal nacional *junto* al derecho penal comunitario y, ante todo, concede al primero la prioridad en la aplicación como *lex specialis*.[6] Otros autores pretenden deducir de la segunda oración que la competencia penal debe permanecer en manos exclusivas de los Estados miembros.[7] A favor de esta interpretación podría hablar el hecho de que la recomendación de la Comisión de Bruselas para la creación de un art. 280a del Tratado, el cual debería prever expresa y claramente, junto a la introducción de una Fiscalía Europea, el establecimiento de un derecho penal por parte de la UE, no ha sido retomada en la Conferencia de los Gobiernos de diciembre de 2000 en Niza.[8] Tampoco se le conceden hasta hoy grandes espectativas de éxito a

6. *K. Tiedemann*, Lehren von der Straftat im Allgemeinen Teil der Europäischen Rechtssysteme, en: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1998, pp. 107, 108; *G. Dannecker*, Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, en: Festschrift für Hirsch, 1999, pp. 141, 144; *K. Laubenthal/H. Baier*, Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung, en: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2000, p. 205 y nota 4; *F. Zieschang*, Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts, en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 113 (2001), pp. 255, y 260 y ss.

7. *A. Musil*, Umfang und Grenzen europäischer Rechtsetzungsbefugnisse im Bereich des Strafrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, en: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, p. 68; *H. Otto*, Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, en: Jura 2000, p. 98; *H. Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, pp. 143, 699, passim; *T. Weigend*, Spricht Europa mit zwei Zungen?, en: Strafverteidiger 2001, pp. 63, 67; *L. Schulz*, Europäisches Strafrecht ante portas, en: Strafverteidiger 2001, p. 85; *C. Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, pp. 118 y ss., y 156.

8. Acerca de esto, *F. Zieschang* (nota 6), p. 261, nota 30.

la propuesta de la Comisión de la UE, desarrollada en detalle en el llamado "Libro Verde" de 2001,[9] sobre la creación de una Fiscalía Europea.

Entretanto, en junio de 2004, en una Conferencia en Bruselas, los Gobiernos de los Estados miembros han acordado el texto de un *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*.[10] La firma formal debería tener lugar en el otoño boreal de 2004. La base para el texto constitucional ha sido el proyecto elaborado por una Comisión, en 2003, en el cual, en lo que se refiere a los ámbitos que aquí interesan, han sido efectuadas algunas modificaciones respecto de lo establecido en la Conferencia de Bruselas. Tan pronto como el Tratado sea firmado será necesaria la ratificación por parte de los Estados miembros, para lo cual se debe atender a que en algunos de ellos, según su derecho interno, es obligatorio un plebiscito previo acerca de su aceptación. Respecto de la entrada en vigor de la Constitución no se ha adoptado un momento fijo. Por el contrario, se ha determinado que se ocupe de ello el Consejo Europeo en caso de que después de dos años de la firma cuatro quintos de los miembos hayan ratificado el Tratado pero habiéndose presentado, en uno o más Estados miembros, dificultades para la ratificación.[11]

El texto constitucional contiene una sección sobre "Cooperación judicial en materia penal" (arts. III-171 a III-175). Según el art. III-171, apartado 1, la cooperación judicial en materia penal de la UE se basa en el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 del artículo III-172. Por

9. *Comisión de las Comunidades Europeas*, Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo.

10. Texto provisional del proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (Documento CiG 86/04 de 25.6.2004).

11. Ver la declaración añadida al acta de clausura sobre la ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

medio de leyes europeas o leyes marco se deben establecer reglas y procedimientos para garantizar el reconocimiento de todo tipo de sentencias y resoluciones judiciales en toda la Unión. Más allá de ello, el art. III-171, apartado 2, determina que si es necesario para facilitar ese reconocimiento mutuo y la cooperación policial y judicial en asuntos penales de características transnacionales se podrán establecer mediante leyes marco europeas normas mínimas. Ellas se refieren a la admisibilidad recíproca de medios de prueba entre los Estados miembros, a los derechos del individuo en proceso penal, a los derechos de las víctimas de hechos penales y otros aspectos específicos del proceso penal que el Consejo de Ministros determine previamente por medio de una decisión europea. En esas reglas mínimas deben ser tomadas en consideración las diferencias entre las tradiciones y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. La adopción de preceptos mínimos tampoco impide que los Estados miembros mantegan o introduzcan un mayor nivel de protección de los individuos. En el ya mencionado art. III-172 se determina que se podrán establecer mediante leyes marco europeas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos de carácter particularmente grave que tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Como ámbitos criminales de este tipo se cuentan: el terrorismo, el comercio de personas y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilegal de drogas y de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la criminalidad organizada. Además, se establece que, según la evolución de la criminalidad, el Consejo de Ministros, previa aprobación por parte del Parlamento Europeo, pueda adoptar por unanimidad una resolución que determine otros ámbitos de la criminalidad que respondan a los criterios generales mencionados. Por otra parte, en el apartado 2 del art. III-172 se dice que cuando la equiparación de normas de derecho penal resulte imprescindible para la ejecución eficaz de la política de la Unión, en un ámbito

que haya sido objeto de medidas de armonización, podrán ser establecidas, por medio de leyes marco europeas, normas mínimas referidas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate.

Tanto en vista del art. III-171, apartado 2, como del art. III-172, a cada miembro del Consejo de la UE, que sea de la opinión de que un proyecto de ley marco europea toca aspectos fundamentales de su ordenamiento penal, le es concedido el derecho de solicitar que el Consejo Europeo se ocupe del asunto.

Como instituciones europeas han sido introducidas a continuación las ya existentes autoridades de "Eurojust" (art. III-174) y la Fiscalía Europea (art. III-175). Eurojust tiene a su cargo la cooperación entre las autoridades nacionales de los Estados miembros en la persecución de la delincuencia grave. Respecto de la Fiscalía Europea se establece, en el art. III-175, apartado 1, que ella podrá ser creada, a partir de Eurojust y mediante una ley europea, con la finalidad de combatir las infracciones que lesionen los intereses financieros de la UE. Para ello se requiere la resolución unánime del Consejo de Ministros, previa aprobación del Parlamento Europeo. La Fiscalía Europea, en el caso de los delitos mencionados, sería competente para perseguir, investigar y acusar. Ejercerá, ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros, las funciones propias de una fiscalía (apartado 2). De acuerdo con el apartado 4, el Consejo Europeo puede dictar, simultáneamente con la adopción de la ley europea mencionada en el apartado 1 o en conexión con ello, una resolución europea de modificación de ese apartado 1 con el fin de extender las facultades de la Fiscalía Europea al combate de la criminalidad grave que tenga dimensión transnacional. La resolución unánime exigida para ello requiere que previamente sea escuchada la Comisión Europea y la aprobación del Parlamento Europeo.

En el campo del derecho penal material se encuentra finalmente todavía una sección especial dedicada a la "lucha contra el fraude". Según el art. III-321, apartado 4, de esa sección, se podrán establecer, por medio de leyes europeas o leyes marco y con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente, las medidas

necesarias para prevenir y combatir los fraudes que se dirijan contra los intereses financieros de la Unión.

2.2 A mediados de los años noventa un grupo de trabajo integrado por penalistas de los Estados miembros redactó, por encargo del Parlamento Europeo y de la Comisión de Bruselas, un extenso proyecto de regulación que debía ser considerado como derecho penal común para la protección de los intereses patrimoniales de la UE. Este proyecto contiene no sólo los tipos penales pertinentes de la parte especial, sino también preceptos de parte general, incluyendo el campo de las sanciones, como también normas procesales. El proyecto fue hecho público en 1997 bajo el pretencioso nombre de "Corpus Juris",[12] un nombre que, si bien aumenta con seguridad la efectividad propagandística, tiene que parecer hipertrofiado para aquellos que tengan una representación histórica de *corpus iuris*. Una versión parcialmente reformada fue presentada en 1999.

3. El contenido del proyecto denominado *Corpus Juris*

3.1 Los arts. 1 a 8 se refieren a las *disposiciones penales de parte especial*, a saber, "fraude en perjuicio del presupuesto de la Comunidad Europea", "soborno y cohecho", "violación de deberes oficiales por parte de funcionarios europeos", "lavado de dinero y encubrimiento", como también a la "conformación de una asociación criminal para perjudicar el patrimonio de la comunidad".

En vista de estas disposiciones penales, en el debate técnico que se viene dando desde entonces se ha discutido especialmente si la amplia protección prevista para esos bienes jurídicos no tiene como consecuencia una sobrecriminalización.[13]

12. *M. Delmas-Marty* (comp.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, traducción al alemán de *Y. Kleinke/M. Tully*, con una introducción de *U. Sieber*, 1998. Al círculo de autores que trabajó bajo la presidencia de *M. Delmas-Marty* pertenecen *E. Bacigalupo*, *G. Grasso*, *J. Spencer* y *K. Tiedemann*.

13. Ver, especialmente, *W. Hassemer*, "Corpus Juris": Auf dem Wege zu einem europäischen Strafrecht?, en: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1999, Fascículo 2, pp. 133 y ss.

En esto se trata, ante todo, de la expansión del derecho criminal al campo previo, esto es, la problemática de los llamados delitos de peligro abstracto, la punibilidad de la imprudencia en los delitos patrimoniales, la desviación desleal de subvenciones y la punibilidad de las asociaciones dirigidas a perjudicar los intereses patrimoniales de la UE.

Debido a la tendencia actual, también de los legisladores nacionales, a expandir la criminalización cada vez más al campo previo,[14] debería prestarse atención a las justificadas y enérgicas críticas formuladas contra este tipo de propuestas de regulación. Eso parece ante todo posible con referencia a la introducción de preceptos especiales sobre organizaciones criminales, dado que la crítica es unánime en este terreno.[15] De la misma manera, la legislación no debería adoptar a todos estos preceptos sin más como ejemplo. En ellos no se puede ver un alto nivel legislativo, como lo demuestra, por lo demás, también la asistemática organización del proyecto. También depara algún malestar el hecho de que el art. 1 esté designado como "fraude en perjuicio del presupuesto de la Comunidad Europea", aunque no se require que exista un perjuicio, esto es, no se exige un fraude consumado. Con esta terminología un delito de peligro queda erróneamente etiquetado con el sello de un delito de lesión.

3.2 En el precepto siguiente a los de los tipos penales, el art. 9, se encuentra, bajo el título "penas", la regulación de las *consecuencias jurídicas*. Aquí existen, tal como fue demostrado en las Jornadas de la Academia de Derecho de Europa llevadas a cabo en Tréveris en 1999, necesidades especialmente claras

14. Más detalladamente al respecto, *H.J. Hirsch*, Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico, en: Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la UNED (Madrid 2000), 2001, pp. 371, y 381 y ss.

15. En un Coloquio sobre "El Corpus Juris como fundamento de un derecho penal europeo", de 1999 en Tréveris, muchos participantes se pronunciaron a favor de eliminar completamente del catálogo de delitos del Corpus Juris esos tipos penales ambiguos y discutibles (ver, resumidamente, el Informe de las Jornadas de *U. Sieber*, en: B. Huber (comp.), Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts, 2000, pp. 331 y 339.

de modificación.[16] Casi todos los participantes en las Jornadas aceptaron, con razón, la idea de establecer una doble vía de penas y medidas, tal como se la prevé en la mayoría de los códigos penales.[17] Pues se trata, a pesar de la literalidad del precepto, no de penas, sino, según la naturaleza de los casos, de medidas referidas a los instrumentos y productos de las infracciones y a la prohibición del ejercicio de cargos públicos.

Además, se ha censurado ya el abandono del sistema de días-multa y la no alusión a la suspensión condicional de la pena ni a la orden de decomiso de lo obtenido con un hecho punible.[18] Más allá de ello es también criticable la proyectada publicidad de las condenaciones (art. 9, apartado 1, del Corpus Juris). Ello significaría un regreso de la picota; además en esto se podría ver una pena patrimonial encubierta, pues la publicidad desacreditará en sus negocios al afectado. Es en verdad sorprendente que hoy se haga pasar a semejante precepto como moderno derecho penal.

Objeto de la crítica es también el rígido sistema multiplicador de las cinco variedades de penas patrimoniales del art. 9, apartado 1a.[19] En esta regulación se establece que las penas principales de todos los hechos denominados punibles en el Corpus Juris (arts. 1 a 8) para todas las personas naturales son: "Penas privativas de la libertad de hasta cinco años y/o pena de multa de hasta un millón de ECU[20] que puede elevarse hasta cinco veces más de la suma de la que trate el hecho".

En lo que respecta a la determinación judicial de la pena se debe comentar positivamente que han sido establecidos criterios para ello en el art. 15. Colocada en la cima está la frase de que la pena deber ser fijada en consideración a la gravedad

16. Ver el Informe de las Jornadas de *U. Sieber* (nota 15), pp. 340 y ss.

17. Ver, acerca de esto, el Informe de las Jornadas de *U. Sieber* (nota 15), p. 340.

18. Ver el Informe de las Jornadas de *U. Sieber* (nota 15), p. 341.

19. Sobre la crítica de este estricto sistema multiplicador informa *U. Sieber* (nota 15), p. 342.

20. El ECU fue, hasta la introducción del Euro, una unidad de compensación dentro de la UE. Su valor correspondía, aproximadamente, al que hoy tiene el Euro.

del hecho, a la culpabilidad individual y a la forma de participación. Con esta fórmula, sin embargo, no se garantiza claramente que la culpabilidad individual limite el máximo de la pena, sino que la culpabilidad es sólo *un* factor esencial más a considerar entre otros.

Criticable es también la regulación contenida en el art. 16 para las circunstancias penales agravantes. Un circunstancia tal es la producción del resultado deseado con la acción defraudatoria, como también el hecho de que la suma de la defraudación o la suma del ingreso perdido supere los 200 mil ECU. Que la existencia de tales circunstancias deba conducir básicamente a una pena privativa de libertad puede ser visto como una regulación demasido estricta desde la perspectiva de la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, para los cuales la pena de multa tiene todavía un amplio campo de aplicación en supuestos como estos. A esto hay que añadir que en la mayoría de los códigos penales la producción del resultado constituye ante todo el caso normal de un fraude consumado.[21]

3.3 a) En los artículos siguientes del Corpus Juris (10 a 14) ha sido incorporada la regulación de algunas cuestiones puntuales de *parte general* acerca de los *presupuestos del hecho punible*. Se ha establecido que todos los hechos de parte especial contenidos en el Corpus Juris presuponen una comisión dolosa, con excepción del ya mencionado tipo penal del fraude en perjuicio del presupuesto de la Comunidad, para el cual – como ya fue criticado – basta con la imprudencia burda. Es notable que en el art. 11, apartado 2, se halle una regulación del error de prohibición que se avecina mucho a la del § 17 del Código Penal alemán. Ella ha sido tomada, evidentemente, a través del art. 122-1 del Código Penal francés. Este anclaje al principio de culpabilidad es visto hoy con razón como una exigencia elemental.

21. Detalladamente crítico respecto de la regulación del art. 1 del Corpus Juris (Fraude en perjuicio del presupuesto de la Comunidad), ver *H. Otto*, Anmerkungen zu den Tatbeständen des Besonderen Teils des Corpus Juris, en: B. Huber (nota 15), pp. 141 y ss.

Como tercer punto del ámbito de los presupuestos del hecho punible de la parte general se ha establecido, bajo el título de "responsabilidad penal individual", que los infractores pueden ser responsabilizados como autores, inductores o cómplices.[22] Aquí es llamativo que la autoría mediata no haya sido mencionada: según estas disposiciones autor sólo puede ser quien ha ejecutado la acción punible o intervenido en la comisión del hecho como coautor. Igualmente sorprendente es que los supuestos de instigación, enumerados y catalogados, no permitan alcanzar sin más las meras exigencias para la comisión del hecho. No obstante, debe ser bienvenido el hecho de que el Corpus Juris distinga entre autoría y participación, es decir, que no parta de una concepción unitaria de autor.

Asimismo, existe un precepto especial para la "responsabilidad penal del director de una empresa" en casos en los cuales personas dependientes hayan cometido a favor de la empresa alguno de los hechos punibles descritos en el Corpus Juris.[23] Por otra parte, se ha previsto la "responsabilidad penal de las personas jurídicas".[24] Acerca de esto último se volverá enseguida.

Al círculo de los presupuestos de parte general del hecho punible que ha sido incluido en el Corpus Juris se le ha criticado ya, en la discusión, que no haya establecido expresamente la prohibición de la analogía *in malam partem*, la prohibición de la aplicación retroactiva y el mandato de *lex mitior*. También se echan de menos, con razón, reglas acerca de la tentativa. Asimismo, también se requeriría la regulación del ámbito de las causas de justificación y de las que excluyen la culpabilidad, o, al menos, del estado de necesidad. Igualmente, en vista de las *strict liability offences* del derecho penal anglosajón y ante la ausencia de una estructuración internacional única de los casos de

22. Art. 12 del *Corpus Juris*.
23. Art. 13 del *Corpus Juris*.
24. Art. 14 del *Corpus Juris*.

dolo eventual, aparece como irrenunciable la necesidad de una definición de dolo e imprudencia.[25]

b) La opotunidad para una análisis más detallado nos la brinda el precepto ya mencionado de la "responsabilidad penal de las personas jurídicas": como es sabido de todos, el derecho penal europeo-continental tradicional, al contrario que el anglosajón, sólo conoce la capacidad penal del individuo. Únicamente en el campo del derecho contravencional y de faltas o en el derecho administrativo sancionatorio se encuentra, ya también en el círculo jurídico europeo-continental, la capacidad delictiva de las corporaciones. A partir de una recomendación del Consejo de Europa de 1988, que, en forma modificada, ha sido posteriormente tomada también como contenido del Segundo Protocolo Adicional (1997) al Convenio de la UE de 1995,[26] algunos Estados han adoptado entretanto el modelo anglosajón. Especialmente en los Países Bajos, en Francia y Finlandia, pero también en parte en Polonia, ha sido introducida la punibilidad de las personas jurídicas y de otras corporaciones. En otros Estados, como p. ej. Alemania, todavía subsisten las reservas al respecto. Las objeciones formuladas, referidas a que a las corporaciones les falta la capacidad de acción y de culpabilidad, como también sensibilidad penal, no son, por cierto, convincentes.[27] Las corporaciones actúan por medio de los órganos ejecutivos dispuestos para ello, a saber, sus representantes, miembros del directorio, etc. Y la responsabilización de la corporación como un todo, respecto de las acciones dolosas o imprudentes de sus órganos, resulta de fallas de organización o de control. Si la corporación puede ser destinataria de deberes – algo que en verdad nadie niega – y puede, a través de sus órganos, actuar

25. Acerca de lo mencionado ver también el Informe de las Jornadas de *U. Sieber* (nota 15), pp. 338 y ss.

26. Ver, más arriba, nota 4.

27. Más detalladamente sobre esto y acerca de lo que sigue, ver *H.J. Hirsch*, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993, pp. 9 y ss.; *idem*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 107 (1995), pp. 285, y 288 y ss.

de forma contraria a esos deberes, entonces de ello surge consecuentemente que ella, como totalidad, puede impedir la violación de esos deberes. No por casualidad se habla, en el uso cotidiano del lenguaje, de la culpa de las corporaciones. Por ej., se habla de la culpa de una empresa en la contaminación del ambiente. La corporación, además, es sensible a la pena. Todos los fines de la pena pueden desplegar sus efectos respecto de ella. Las penas de multa que amenazan a las corporaciones son vividas por ellas como sanciones y los efectos preventivos generales y especiales son en estos casos frecuentemente superiores que en el supuesto de individuos. Además, se debe destacar que en el derecho contravencional o en el derecho administrativo sancionador no se formulan objeciones respecto de la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas, aunque también en esos ámbitos se trate de sanciones puntivas. La diferente valoración explica el error habitual en el que se cae al sostenerse que las faltas, contravenciones o ilícitos administrativos, a diferencia de lo que sucede con el derecho penal individual, son *éticamente indiferentes*. Esto, por cierto, no es acertado ni en general para el derecho contravencional o para el derecho administrativo sancionador ni en especial para el castigo del comportamiento de las personas jurídicas y de otras corporaciones. También una empresa que, p. ej., comete un delito contra el medio ambiente amenazado con una multa administrativa o contravencional, se comporta con ello de un modo éticamente negativo. Sólo se trata de niveles cuantitativos dentro de la escala ética. Tampoco es concluyente la objeción de que la pena individual podría perder su fuerza para impresionar en el caso de que las penas criminales se le impogan a las asociaciones. En contra de ello habla ya la experiencia del derecho anglosajón que desde hace un siglo y medio se ha pronunciado a favor de la capacidad penal de las personas jurídicas.

Ahora bien, hay que distinguir la posibilidad teórica básica de punir personas jurídicas, que aquí ha sido afirmada, de la cuestión relativa a su necesidad práctica y configuración legislativa. Si se observa la experiencia adquirida en los Países Bajos, Francia y Finlandia, que han introducido la punibilidad de las

personas jurídicas y de otras corporaciones, se verá que su relevancia práctica es casi nula. Y en el caso del derecho anglosajón se tiene la impresión de que en la aplicación práctica tiene importancia una diferenciación no lo suficientemente desarrollada entre responsabilidad civil y culpabilidad penal. En dicho círculo jurídico, para la punibilidad de las corporaciones alcanza ya con ciertos criterios – que en Europa rigen solamente para la responsabilidad del derecho civil de resarcimiento de daños –, tales como que la persona que desarrolla directamente la acción haya actuado como representante de la corporación o que, como en el derecho de los Estados Unidos de América, sea sin más un simple delegado de ella. Por el contrario, no se debería depender del examen de una concreta culpa de la corporación en su conjunto.[28]

Asimismo, las regulaciones que entretanto han sido incorporadas en algunos Estados de Europa continental presentan deficiencias en el sentido apuntado. Y la regulación del Corpus Juris (esto es, el art. 14) merece igualmente los mismos reparos. Allí no hay una sola palabra acerca de que la culpabilidad afecte a la corporación en su conjunto. Además, el déficit se agiganta más aún porque la punibilidad no ha quedado limitada a los casos en los cuales un órgano u otro alto representante actúe directamente, sino que, como en Estados Unidos de América, basta con que cualquier otra persona haya actuado a favor de la corporación y en su nombre. Si, p. ej., el empleado de una gasolinera de la firma transnacional Shell comete un fraude contra los clientes, con el fin de aumentar las ganacias de la empresa y con ello, al mismo tiempo, su comisión, esto sería suficiente para penar a la empresa Shell. Y esto no se hace depender en absoluto de que exista culpabilidad de la empresa en la organización o en la vigilancia. Una punibilidad tan amplia va incluso más allá de la responsabilidad civil de las

28. Acerca de las disposiciones pertinentes del derecho de los Estados Unidos de América, ver la exposición detallada de *A. Ehrhardt*, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht, 1994, pp. 90 y ss.

corporaciones vigente en el derecho continental-europeo.[29] Un concepto con estos alcances no puede ser seriamente defendido.

Las legislaciones que aún no se han decidido harían bien quizá en tomar distancia legislativa de esta problemática que todavía no ha madurado y aguardar a ver en qué forma se deciden otros Estados, especialmente la UE. Esperar es sin duda lo más recomendable porque también se discute si no sería preferible prever un derecho de medidas sancionatorias para las personas jurídicas que, a diferencia del derecho penal individual, funcione mejor con menos presupuestos.[30] Por cierto que frente a una regulación de ese tipo surge objetivamente la objeción de que las medidas podrían ser aquí, igualmente que las penas, sanciones punitivas, esto es, por regla general una multa. Esto, en vista del hecho de que detrás de las personas jurídicas también hay seres humanos, haría injustificable un sanción conectada a unas exigencias disminuidas en cuanto al injusto de hecho y a la responsabilidad. Por lo demás, se corre el peligro de que tal derecho punitivo de medidas sea considerado como algo especialmente moderno y alabado también como modelo futuro del derecho penal individual. Por ello, la solución de adoptar un derecho de medidas punitivas no sería convincente.

Por otro lado, se debe observar que en el ya citado Segundo Protocolo Adicional de 1997[31] se determina que los Estados miembros pueden prever sanciones contra personas jurídicas y otras corporaciones, aunque no sean de naturaleza penal, especialmente por medio de la solución contravencional, tal

29. Así, p. ej., el § 31 del Código Civil alemán establece que: "La asociación es responsable por los daños causados a terceros por el Directorio, un miembro del Directorio u otro representante designado válidamente, si han sido comentidos en la ejecución de los quehaceres encomendados a ellos y por medio de una acción que genera la obligación de resarcir los perjucios". Directores y otros representantes habilitados son aquellos cuya actuación está prevista directa o indirectamente en los estatutos, es decir, aquellas personas que "representan" a la persona jurídica (BGHZ 49, 21).

30. A favor de un derecho de medidas: *G. Stratenwerth*, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en: Festschrift für R. Schmitt, 1992, pp. 295 y 304. Ver también *H. Otto*, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993, pp. 28 y ss.

31. Ver nota 4.

como ella ha sido adoptada, p. ej., en el § 30 de la Ley de Faltas y Contravenciones alemana.

3.4 Una segunda parte del Corpus Juris se ocupa del proceso penal. Aquí se ofrece ya una propuesta detallada para la creación de la Fiscalía Europea y, por cierto, para que ella persiga los hechos punibles mencionados en los arts. 1 a 8 del Corpus Juris (ver arts. 18 a 25). Ella debería estar integrada con un Fiscal General Europeo, cuya oficina estaría en Bruselas, y Fiscales Europeos Delegados, cuyas oficinas estarían en cada capital de los países miembros o en otro lugar determinado en el que residan los tribunales (art. 18, apartado 3). Respecto de la acusación el art. 22 prevé que sea ejercida ante el tribunal nacional en cuya jurisdicción resida la oficina correspondiente de la Fiscalía Europea y de conformidad con las disposiciones procesales vigentes en el Estado miembro. La Fiscalía Europea debe ser, junto a las autoridades nacionales competentes, responsable también para el cumplimiento y la vigilancia de la ejecución de la sentencia (art. 23).

Es discutible[32] que una Fiscalía Europea – tal como se la propone también en el "Libro Verde" de la Comisión de la UE, editado en 2001 siguiendo en esto la propuesta del Corpus Juris[33] – sea algo realmente necesario o que tal vez ya sea suficiente con las ya existentes, bajo la designación de "Eurojust", oficinas de coordinación para la cooperación judicial en la lucha contra la criminalidad grave organizada.[34] Como ya fue dicho, también la Constitución Europea contiene solamente un precepto rector. En los hechos es muy discutible si realmente existe la necesidad de esta autoridad incorporada directamente en el aparato estatal de

32. Ver, más arriba, nota 9.

33. Los fundamentos están dados por la Resolución del Consejo Europeo adoptada en la Conferencia de Tampere (1999, Nr. 46): "Para el fortalecimiento de la lucha contra la criminalidad organizada grave el Consejo de Europa ha acordado que se debe implementar una oficina (Eurojust), en la cual los fiscales, jueces y funcionarios de policía comisionados por cada Estado miembro estén facultados con las mismas atribuciones que en los ordenamientos jurídicos internos".

34. Ver también más arriba en nota 8.

los Estados miembros soberanos o si sólo se trata, antes bien, de otra consecuencia de la inflación de la burocracia europea.

Como medio de impugnación el art. 27 prevé la apelación ante los tribunales nacionales. En caso de una absolución parcial o total le corresponde recurrir también a la Fiscalía Europea.[35] Al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se le asigna, bajo una serie de presupuestos, una competencia de control respecto de la aplicación de las normas previstas en el Corpus Juris a petición de un Estado miembro, de la Comisión Europea o de alguno de los tribunales nacionales que se ocupen de la causa de la que se trate (art. 28).

Es preciso poner de relieve la amplitud expresa del principio *ne bis in idem*, que se extiende a todos los Estados miembros (art. 23, apartado 4b) y la mención especial de la presunción de inocencia (art. 31, apartado 1).

Problemáticas son la Orden de Detención Europea y la regulación de las prohibiciones de valoración probatoria. Aun cuando la orden de detención está limitada al ámbito de los hechos punibles de los arts. 1 a 8 del Corpus Juris (art. 20, apartado 3) y procede a solicitud de la Fiscalía Europea (art. 24, apartado 1b), serán un problema serio los diferentes patrones nacionales establecidos para los presupuestos y la regulación de la prisión preventiva como también los requisitos existentes para el derecho de extradición y la posible prohibición constitucional de extraditar a los propios ciudadanos. Sobre esto se volverá más abajo, con ocasión también de su actualidad.[36] Críticas justificadas se han dirigido asimismo al art. 33 que regula las prohibiciones de valoración probatoria.[37] Debido a que las exigencias derivadas del principio del Estado de derecho no

35. Con ello, el *Corpus Juris* persigue que se otorgue a la Fiscalía un derecho de impugnar la sentencia absolutoria típico de la comprensión jurídica europeo-continental. Crítico al respecto y con información acerca de la posición contraria sostenida en el derecho anglosajón, *J. Maier*, Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?, en: Festschrift für Hirsch, 1999, pp. 942 y ss.

36. Ver IV.

37. Ver el Informe de las Jornadas de *U. Sieber* (nota 15), p. 343.

son iguales en todas partes el apartado 2 no resulta aceptable para todos los Estados miembros. Este precepto prevé que la admisibilidad de una prueba producida válidamente de acuerdo con el derecho nacional de un Estado miembro no puede ser objetada porque su producción hubiera sido inadmisible en el Estado de la valoración probatoria.

3.5 Merece el reconocimiento el hecho de que un círculo de penalistas de distintos Estados miembros se haya atrevido a afrontar una misión como la de redactar un Corpus Juris. En lo precedentemente dicho se ha mostrado que el proyecto ofrece también una serie de resultados positivos. Por otro lado, se ha comprobado que junto a ello el proyecto contiene algunas peculiaridades que no deberían ser tomadas en modo alguno como modelo a seguir. Dignas de mención son solamente la amplia expansión, en la dirección equivocada, de la punibilidad al campo previo, la deficiente regulación de las consecuencias jurídicas y la malograda regulación de la punibilidad de las corporaciones. Aun cuando la armonización de los preceptos jurídicos de diferentes Estados deba tomar en consideración el distinto estado de desarrollo de los sistemas jurídicos de los países involucrados, el Corpus Juris no puede ser la última palabra técnica al respecto.[38]

4. La Ley de Orden de Detención Europea

De especial actualidad es, hoy en día, la cuestión de la introducción de una Orden de Detención Europea. Un resolución del Consejo de la UE de 2002 menciona sus presupuestos.[39] El catálogo de hechos punibles involucrados va ampliamente más allá del círculo de los mencionados en el Corpus Juris, que

38. Acerca de esto ver también las posiciones críticas citadas en las notas 13, 15 a 19, 21 y 25, como también el texto previo a la nota 29.

39. La resolución marco "Sobre la Orden de Detención Europea y el proceso de entrega entre los Estados miembros" fue aprobada el 13.6.2002, en Sevilla, en la sesión del Consejo de Ministros de Justicia y de Interior de la Unión Europea. Está publicada en el boletín oficial del 18.7.2002 (I. 190, S. 1-12). Ver también *B. v.Heintschel-Heinegg/D. Rohlff*, Der Europäische Haftbefehl, en: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2003, pp. 44 y ss.

estaba limitado a los delitos contra los intereses (financieros) de la UE.[40] Igualmente, esta novedad significaría, ente todo, que una orden de detención dictada por un Estado miembro, en los casos referidos al ámbito correspondiente, será ejecutable también en otro Estado miembro. En concreto esto representa la abolición de los estrictos requisitos del derecho bilateral de extradición. En general surgirán consecuencias muy insatisfactorias para los ordenamientos jurídicos de varios Estados debido a los diferentes requisitos previstos, por exigencia del principio del Estado de derecho, para la prisión preventiva. Entre estas se cuenta el hecho de que los lineamientos marco de la UE son establecidos por resoluciones del Consejo y no por sanción del Parlamento Europeo. Por cierto que ello se transforma en derecho nacional por decisión de los Parlamentos de cada Estado miembro, pero los Parlamentos nacionales están vinculados a los lineamientos marco, así que la regulación existe por mera decisión del Consejo, y con ello, de la Administración, y no por decisión legislativa. Aquí merece reparos que, si el encarcelamiento es una de las intervenciones estatales más enérgicas en la esfera, protegida por los derechos fundamentales, de la libertad del individuo, se relativice la legitimación parlamentaria propiamente necesaria para esa intervención. Con razón han sido formuladas, por ello, serias objeciones contra esos lineamientos de la UE en Alemania y en otros Estados miembros. Incluso en el otoño boreal de 2003 los profesores alemanes de Derecho Penal han llevado a cabo unas Jornadas especiales en Dresden para articular sus reservas al respecto.[41] No obstante, ello no ha evitado que Alemania haya convertido en ley, como uno de los primeros Estados miembros, los lineamientos en cuestión (Ley de Orden de Detención Europea [EuHbG], que entró en vigor en el verano boreal de 2004).

40. Ver arts. 18 y ss. del *Corpus Juris* y "Libro Verde" (nota 9), pp. 54 y s.

41. Ver las ponencias y el informe de la discusión en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 116 (2004), Fascículo 2.

5. Unificación del Derecho Penal europeo

Los autores del Corpus Juris y otros teóricos pretender ver, más allá de la compilación de preceptos propuesta por ellos con el deseo de proteger los intereses patrimoniales de la UE, un modelo básico para un *derecho penal europeo completamente unificado*.[42] Surgen dudas, sin embargo, de que tal derecho penal totalmente unificado sea un proyecto realista y verdaderamente deseable. Por el lado alemán se piensa simplemente en la adopción histórica de un Código Penal único para los distintos Estados alemanes con la creación del Imperio en 1871. Hasta entonces los Estados alemanes tenían cada uno su propio código. No obstante, no puede ser ignorada la gran diferencia que existe con la actual problemática europea. Entonces se trataba de códigos que estaban ya desde antes muy estrechamente emparentados y que se habían desarrollado en una tradición jurídica idéntica. También había ya una ciencia jurídico-penal alemana unificada. Por el contrario, en la UE se enfrentan, ante todo con el derecho penal anglosajón y el europeo-continental, dos tradiciones jurídico-penales fuertemente diferenciadas. Ellas no son diferentes sólo en vista de sus principios básicos – así, p. ej., en el derecho anglosajón ya el razonar sobre principios es incluso algo extraño –, sino también en relación con la idea de codificación y la extensión de la punibilidad. Pero también al interior de los Estados europeo-continentales existen diferencias notables y, desde el punto de vista científico, por cierto, también las hay, sobre todo por motivos culturales, entre, p. ej., el derecho penal francés y el desarrollado en la mayoría de los demás Estados europeos (piénsese en parte del derecho penal sexual, el derecho penal de interrupción del embarazo y en la protección penal del matrimonio y la familia). Por ello, el proyecto de crear un derecho penal europeo completamente unificado, seguirá siendo por mucho tiempo algo bastante poco

42. Ver también el tema "El *Corpus Juris* como fundamento de un derecho penal europeo" del Coloquio llevado a cabo en Tréveris (nota 15) y el título igualmente así llamado del volumen compilatorio editado por *B. Huber* (nota 15).

realista. Esto puede ser comprobado adicionalmente con la experiencia del *Model Penal Code* de los Estados Unidos de América de 1962 y del Código Penal tipo para Latinoamérica de 1973.[43] Ambas codificaciones modelo no han conducido a un Código Penal unificado y ello a pesar de que en ambos casos se trataba de la unificación en el marco de tradiciones jurídicas similares. E incluso respecto de puntos concretos tampoco han tenido relevancia alguna como modelos.

Más allá de ello, la pregunta es si resulta deseable una unificación general del derecho penal europeo. El derecho penal, como mínimo ético y medio más enérgico de la disciplina social, pertenece al núcleo constitutivo de cada ordenamiento estatal. Él refleja idiosincracias, tradiciones y valores. Se puede observar, es cierto, una creciente internacionalización de la ciencia penal. Pero sólo se trata, principalmente, de ganar conocimientos científicos válidos en general en vista de los presupuestos comunes del delito, y no de los diferentes contenidos de los delitos individuales y de su valoración por el legislador.[44] Las unificaciones que van más allá del campo de tales entendimientos científicos generales conducen, por ello, a una nivelación cultural de las diferencias nacionales o, directamente, a un aplanamiento tecnocrático general. Por estas razones también es que no resulta conveniente una unificación general del derecho penal de los Estados europeos, en tanto que siga habiendo Estados Nacionales en Europa.[45] Y su subsistencia no ha sido puesta en cuestión, mucho menos todavía después de la reciente ampliación del número de miembros de la Unión a 25 Estados.

43. Código Penal tipo para Latinoamérica. Compilador: *F. Grisolia*, Santiago de Chile, 1973.

44. Sobre estas cuestiones, más pormenorizadamente, *H.J. Hirsch*, Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?, en: Festschrift für Spendel, 1992, pp. 43 y ss. En el caso de los delitos del derecho penal internacional se trata de una problemática particular de parte especial, como p. ej. en el supuesto de lesiones a los derechos humanos.

45. Sobre los límites de la unificación general del derecho penal, más detalladamente *T. Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Rechtskultur?, en: Zeitschrift die die gesamte Strafrechtswissenschaft 105 (1993), pp. 774 y ss.

Distinto puede ser considerado el caso de aquellos ámbitos parciales del derecho penal en los cuales, debido a los propiamente transnacionales intereses financieros de la UE y a la unidad del ámbito económico (con sus fronteras abiertas entre los Estados miembros), se puede hablar de una necesidad práctica de unificación. Precedentemente ya fue señalado que tampoco la prevista Consitución Europea apunta a una unificación general. Por otro lado, ella, en ámitos parciales, va más allá del derecho penal económico y no excluye una expansión todavía mayor.[46] Y especialmente objetable son los desarrollos para el derecho procesal penal (piénsese en la Orden de Detención Europea), donde se puede temer una reducción de los patrones de avanzada relativos al principio del Estado de derecho que han sido alcanzados en algunos países miembros. Por lo demás, se debería tener en cuenta que con cada ampliación de la competencia penal de la UE para establecer pautas vinculantes para la legislación penal nacional, tanto más con la creación de un ámbito también penal que engloba competencia directa para crear derecho, se profundiza el ya existente problema de legitimación, esto es, el de la legitimación parlamentaria. Para el derecho penal, como forma más extrema de la coacción estatal, la legitimación parlamentaria es, al fin y al cabo, una exigencia elemental del principio del Estado de derecho. La proyectada Constitución Europea prevé, por cierto, la intervención del Parlamento Europeo. Sin embargo, es el Consejo de Ministros el que tiene el papel más importante.[47]

46. Ver el art. III-172, apartado 2, de la Constitución Europea ya citado más arriba. Moderado al respecto, el "Libro Verde" (nota 9), pp. 54 y s.

47. Ver, acerca de ello y del ámbito que aquí interesa, las reglas de los arts. III-171, apartados 3 y 4, III-172, apartados 1, 3 y 4, y III-175, apartado 4, de la Constitución Europea.

3. Crime e Sociedade

O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann[1]

Mariana Thorstensen Possas

Advogada, socióloga, mestre em direito penal, doutoranda em criminologia, pesquisadora da Cátedra de Pesquisa do Canadá em tradições jurídicas e racionalidade penal sob a direção do professor Alvaro Pires e bolsista da CAPES.

Sumário: 1. Introdução – 2. Alguns aspectos da sociologia do direito de Luhmann: 2.1 Expectativas cognitivas e normativas; 2.2 O problema da sanção; 2.3 A função do direito da sociedade – 3. Jakobs e Luhmann: uma comparação: 3.1 Expectativas normativas e cognitivas por Jakobs; 3.2 O problema da pena; 3.3 A função do direito penal na sociedade – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

Resumo: Este artigo analisa a teoria da prevenção geral positiva de Gunther Jakobs e a maneira como esse autor apropriou-se de alguns elementos da teoria dos sistemas de Luhmann para construir sua própria argumentação. Apesar da louvável incursão no campo da sociologia, o artigo ressalta o fato de Jakobs ter alterado alguns conceitos

1. Aproveito para agradecer à CAPES, pela bolsa de estudos concedida e às inúmeras oportunidades dai decorrentes, ao Professor Alvaro Pires, pela intensa colaboração na confecção deste trabalho e aos Professores Antonio Luis Chaves Camargo e Juliana Magalhães pelos ricos comentários à uma versão mais adiantada do texto.

luhmanianos e, com isso, comprometido a possibilidade de propor uma visão alternativa e efetivamente inovadora do direito penal e da pena criminal, fora dos moldes da racionalidade penal moderna. Para explicitar o descompasso teórico, alguns pontos específicos são levantados, dentre os quais: o conceito de expectativa normativa, o problema da sanção e da pena e a interpretação da função do direito.

Palavras-chave: Prevenção geral positiva – Teoria dos sistemas – Racionalidade penal moderna – Função do direito.

1. Introdução

A teoria da prevenção geral positiva aparece nos anos 1970 como uma nova teoria de reflexão (produzida e reproduzida internamente pelo sistema jurídico)[2] para justificar a pena criminal. A insatisfação geral no mundo acadêmico com as teorias dissuasivas, retributivas e ressocializadoras, combinadas ou isoladas, abrem espaço para novas justificações da aplicação da pena. Assim, a prevenção geral positiva surge como uma alternativa para este velho dilema, num momento em que as demais teorias encontravam-se em profunda crise no ambiente intelectual,[3] ainda que muito utilizadas pelos operadores do sistema penal para propor e embasar sentenças.

Entre outros problemas apresentados pela teoria da prevenção geral positiva, como a incongruência semântico-conceitual da utilização do termo "teoria da pena" como sinônimo de "função" ou "objetivo da pena",[4] a grande questão é se

2. Luhmann utiliza a expressão "teorias de reflexão" para fazer referência às operações de reflexão realizadas pelos sistemas. Em outras palavras, indica a estabilização das autodescrições por eles formuladas. (Luhmann, 1999:95)

3. Alguns exemplos de trabalhos que apresentam a mesma leitura do problema: Baratta (1985) e (1991); Hassemer (1993); Mir Puig (1995); Stratenwerth (1996).

4. Em uma "teoria da pena" dever-se-ia encontrar formulações sobre vários tópicos, como por exemplo, sobre o infrator, os tipos de reação classificados como pena, os fundamentos de punir, os

tal proposta é capaz de produzir inovações significativas, com fôlego para propor modelos alternativos para o direito penal, tornando-o mais flexível e dinâmico, ou se trata somente de uma nova justificação das velhas práticas punitivas, tão conhecidas quanto problemáticas.

Para responder a esta questão é preciso analisar como os autores – sobretudo os penalistas – conceitualizam o problema teoricamente e fazem a passagem das formulações teóricas para a prática do sistema. Ou seja, se quando apropriam a prevenção geral positiva como nova proposta de justificação da pena, conseguem vislumbrar avanços na forma de criar e redigir a lei penal e aplicar o direito. A hipótese desse artigo é que a teoria da prevenção geral positiva, a despeito das aparentes releituras teóricas, ainda não mostrou sua potencialidade para realizar mudanças nas formas de conceber a lei e utilizar a sanção, em matéria penal, mantendo-se claramente dentro dos moldes da *racionalidade penal moderna.*

O conceito de "racionalidade penal" é considerado como um envelope vazio. Ele indica somente que o sistema de direito penal constrói, como todos os sistemas sociais complexos, uma racionalidade própria: a racionalidade do direito criminal (e não a do direito constitucional, a da política, a da economia, etc.). Quando Pires (1998) se refere à "racionalidade penal *moderna*", ele esta descrevendo uma forma empírica especifica de racionalidade, ou seja, de um sistema de idéias ou de pensamento, que se formou no Ocidente. Essa forma empírica não era a única possível, mas foi a forma selecionada, produzida e estabilizada pelo sistema juridico. Para Pires (1998), a racionalidade penal moderna foi construída e tomou a forma de um sistema de pensamento completamente diferenciado a partir da segunda metade do século XVIII, com

limites da pena, o *quantum* necessário de pena e, também – mas não exclusivamente – sobre o objetivo principal e secundário da pena. É importante notar que esse problema diz respeito não só à prevenção geral positiva, mas a todas as chamadas "teorias da pena".

as reformulações das teorias da pena criminal. Como todo sistema de pensamento ele é "fechado" justamente no sentido de se diferenciar dos outros, não significando que ele não possa mudar, isto é, que não possa aprender com outras idéias e se transformar.

A racionalidade penal moderna pode então ser brevemente caracterizada como um sistema de pensamento fechado que, no plano do conhecimento, foi construída e é reproduzida pelas teorias modernas da pena criminal. No seu processo de formação, as teorias da dissuasão e da retribuição tiveram um papel central. Tais teorias (e outras do mesmo gênero como a teoria da neutralização) são nominadas por Pires (2004: 06) de teorias dos *meios exclusivamente negativos*, justamente por considerarem apenas meios negativos de punição (sanções aflitivas) e por excluírem explicitamente nos seus enunciados teóricos outros tipos de sanções jurídicas (por exemplo, a reparação do dano, os trabalhos comunitários etc.) como sanções autônomas em direito criminal. Para o autor, estas teorias dos meios exclusivamente negativos forjaram o núcleo identitário dominante da racionalidade penal moderna.[5]

Quando a tarefa de proteção da sociedade – ou de afirmação das normas – é concebida pelo direito penal à luz dessa teorias, ela é então semanticamente orientada de modo *hostil* (o transgressor é um inimigo do grupo e o valor do bem ofendido deve ser equivalente ao sofrimento do transgressor), *abstrato* (a pena é um mal concreto e imediato, mas produz um bem mediato e imaterial para o grupo), *negativo* (excluem qualquer outra sanção visando reafirmar a norma por meio de uma ação positiva, como a reparação pecuniária, tratamento em liberdade etc)

5. A teoria da readaptação introduz um outro problema e ainda não foi sistematicamente tratada por Pires em artigos publicados. Sabe-se, entretanto, que ela também é uma teoria da racionalidade penal moderna, particularmente quando se apresenta sob a forma de uma teoria da prisão ("para readaptar, é necessário encarcerar"). Mas em geral, ela não parece poder ser caracterizada como uma teoria dos meios exclusivamente negativos, pois carrega consigo a idéia de produzir um efeito positivo em relação ao transgressor. Essa teoria então aumenta a complexidade da racionalidade penal moderna e cria um potencial de divergências internas que pode, sob certas condições, fazer pressão no sentido de criar espaços para outras sanções jurídicas.

e *atomista* (a pena não tem que se preocupar com os laços sociais concretos das pessoas, salvo em uma forma secundária e acessória) (Pires, 2004: 06).

No que concerne a esse artigo, é justamente o aspecto da racionalidade penal moderna referente aos meios negativos de punir o que mais interessa, porque é onde a teoria da prevenção geral positiva poderia ter mostrado seu diferencial. No entanto, a despeito de trazer consigo o termo "positiva," essa teoria não parece tomar o distanciamento necessário da armadilha cognitiva que caracteriza o sistema penal moderno. Seu aspecto "positivo" limita-se a uma reorientação teórica dos supostos efeitos produzidos pela pena criminal na sociedade "não-delinquente". Sua "positividade" é contrastada com a teoria da dissuasão, a qual, com o uso exclusivo da pena aflitiva, pretende produzir "medo" (valor negativo) nos indivíduos e assim impedi-los de transgredir a norma penal.

Sem de fato problematizar a pena em si, a prevenção geral positiva pretende, com a ajuda das *mesmas penas aflitivas*, confortar a consciência dos cidadãos em geral (gerando um efeito "positivo" de alívio, de recompensa pela honestidade, de reforço à moralidade etc.). De qualquer modo, ainda guarda as mesmas características acima descritas – encontradas igualmente nas demais teorias – em termos de aplicação da pena. Em outras palavras, isso significa dizer que não importa qual teoria adotada no âmbito do discurso, a prática do sistema não é em nenhuma medida substancialmente alterada ou ao menos submetida à pressão para inovação.[6] Neste sentido, a prevenção geral positiva funciona apenas como nova forma de justificar o sistema moderno e ainda dominante de aplicação de penas, sem grandes novidades.

Uma das alternativas para interpretar esse problema é considerar que a prevenção geral positiva, enquanto modelo teórico, pode apresentar novas possibilidades de interpretação, cabendo ao interlocutor a tarefa de encaminhá-la em

6. Pode parecer surpreendente que teorias que se apresentam de maneiras e com justificações tão distintas possam gerar os mesmos efeitos na prática. Sobre as poucas diferenças e enormes proximidades entre as teorias dissuasiva e retributiva, cf. Pires & Acosta (1994).

direção a uma proposta mais ou menos inovadora e democrática.[7] Outra alternativa é assumir que seu próprio conteúdo teórico não dá apoio suficiente para grandes avanços. Ou seja, que sua estrutura mesma – que em alguns momentos parece bem convincente – demonstra uma fragilidade significativa ao manter-se muito ligada a esquemas teóricos mais antigos. É essencialmente sobre alguns aspectos desta fragilidade teórica que vou tratar aqui.

Tal como concebida pelos penalistas, a prevenção geral positiva descreve o efeito da pena enquanto reforço de valores e estímulo à observância das normas penais nos "cidadão fiéis à lei, que se supõe terem uma tendência espontânea a respeitá-la" (Baratta, 1991: 52). Por uma questão de espaço, concentrei minha análise na forma como Gunther Jakobs apresenta a mencionada teoria. Esse autor sustenta explicitamente que, de acordo com a prevenção geral positiva, "a pena exercita a fidelidade ao Direito" (1983: 18). A opção por Jakobs deve-se ao fato desse autor ser, no âmbito do direito penal, quem desenvolve de maneira mais aprofundada a idéia.[8] Por outro lado, também é esse autor quem procura fazer a ponte com o pensamento sociológico de forma mais explicita, utilizando muitas vezes idéias originalmente concebidas na sociologia para pensar e elaborar o seu discurso sobre a teoria.

No entanto, é possível identificar na proposta de Jakobs algumas dissonâncias importantes quando se trata da recuperação de elementos da sociologia. Se de um lado a incursão em outro campo do conhecimento é louvável, desafiadora – até mesmo indispensável para o desenvolvimento da disciplina com vistas

7. Mir Puig faz uma analise da prevenção geral positiva destacando duas grandes tendências interpretativas (ou ao menos, duas possibilidades de interpretação). A primeira é baseada na função fundamentadora e a segunda na função limitadora da teoria. (Mir Puig, 1995) Devo destacar, no entanto, que quando Mir Puig defende a segunda tendência como a melhor opção de um direito penal democrático, ainda não toca, de maneira convincentemente nova, na prática do sistema penal.

8. Para outras formulações da teoria da prevenção geral positiva, cf. Hassemer (1984), (1995) e (1999) e Roxin (1981) e (1997).

à construção de um pensamento complexo (Morin, 1990) – por outro, quando mal estruturada, pode gerar grandes mal-entendidos no que tange aos frutos dessa interlocução. No caso em questão, a transposição pouco fiel de alguns elementos da sociologia do direito para o campo do direito penal, pode funcionar como uma espécie de alicerce mal fundado do suposto pensamento interdisciplinar em construção e resultar em sérias deformações ao aplicá-lo.

Sob esse ponto de vista, analisarei alguns dos problemas de percurso surgidos no transporte das idéias de Luhmann – ou seja, da sociologia do direito – para a teoria da prevenção geral positiva de Jakobs – ou seja, para o direito penal. É certo que Jakobs menciona muitos outros sociólogos, mas Luhmann é figura marcante nas suas análises, freqüentemente citado como referência e cujas idéias são facilmente identificáveis no seio da sua formulação da prevenção geral positiva. Ainda que Jakobs (1996: 10) faça, em determinado momento, um alerta para dizer que suas considerações não são coincidentes com a teoria dos sistemas de Luhmann, as aproximações em algumas passagens são tão explícitas, especialmente em relação à sociologia do direito luhmaniana, que ficamos com a impressão que o direito penal "aprendeu" com a sociologia, quando na verdade isso não aconteceu. Esse problema, por si só, justifica desenvolver o paralelo proposto acima.[9]

A maneira como a apropriação da teoria luhmaniana foi feita por Jakobs pode explicar parte da sua dificuldade em avançar, de maneira mais criativa – ou menos convencional – a forma de pensar a pena. A sociologia do direito de Luhmann permite construir uma ponte com o direito penal que poderia significar avanços realmente inovadores. No entanto, parece-me que parte importante desse potencial foi perdido. A parte que é recuperada na teoria de Jakobs, apesar de contribuir para seu ar vanguardista, não reorienta de fato o rumo da pena.

9. Baratta (1985) já trabalhou esta relação, propondo-se a identificar as contradições entre a teoria da prevenção geral positiva de Jakobs e a teoria dos sistemas de Luhmann.

2. Alguns aspectos da sociologia do direito de Luhmann

Para em parte justificar sua disposição em escrever sobre o direito, Luhmann resume sua proposta na tarefa de fazer uma sociologia do direito *com o direito* (Luhmann, 1972: 9). Isso significa, entre outras coisas, combinar uma observação sociológica – externa – com uma observação jurídica – interna – do direito. O grande desafio para Luhmann é, portanto, construir uma sociologia do direito que, por um lado tematize o direito na sua especificidade e, por outro, inclua a auto-descrição e a auto-observação do sistema jurídico, ou seja, que leve em conta nas análises a descrição do sistema tal como fazem os juristas (1993: 8).[10] Integrar o direito não significa, contudo, excluir a sociologia. Pelo contrário, a intenção do autor é justamente enfrentar a tendência ao alheamento total que observa existir entre as duas disciplinas. No momento em que escreveu *Sociologia do direito*, parecia-lhe altamente duvidosa a existência de uma sociologia *sociológica* do direito, ou seja, desenvolvida no seio das disciplinas sociológicas e não somente no âmbito das ciências jurídicas[11] (1972:7). Para ele, a "sociologia do direito" da Sociologia carecia de direito e, inversamente, a "sociologia do direito" do Direito carecia de sociologia.

É importante destacar que a sociologia do direito de Luhmann é parte de uma teoria dos sistemas e que, portanto, todos os conceitos aqui referidos integram um quadro teórico muito mais amplo e complexo. Isso não impede selecio-

10. Em síntese, Luhmann pretende associar "*external observation and internal description*" (King & Thornhill, 2003: 42).

11. Para Luhmann é surpreendente o direito ocupar tão pouco os sociólogos: "Nas universidades, a sociologia do direito pouco aparece como disciplina, e quando isso ocorre, a tarefa de lecioná-la é assumida mais por juristas que por sociólogos. Falta completamente uma relação entre essa disciplina e o desenvolvimento recente das teorias sociológicas. Tais ligações existem mais com a discussão básica das ciências jurídicas. As pesquisas empíricas no campo da sociologia do direito podem ser contadas nos dedos, se bem que nos últimos anos o interesse tenha aumentado. A sociologia do direito encontra-se em desvantagem na comparação com outras áreas da pesquisa sociológica, como a sociologia da família, a sociologia da organização, a sociologia política, a da estratificação e mobilidades sociais e da teoria dos papéis." (1972: 7).

nar alguns pontos específicos para análise. Contudo, invalida qualquer pretensão em dominar o pensamento luhmaniano a partir do único ponto selecionado. Nesse sentido, creio relevante destacar, sem poder fazer a demonstração aqui, que a teoria dos sistemas luhmaniana não deve ser caracterizada nem como funcionalista,[12] nem como tecnocrática.[13] É muito comum encontrar na literatura críticos desenvolvendo sua argumentação em um ou nos dois sentidos. Mas é importante desligar-se dessas leituras para se poder compreender a proposta luhmaniana e, consequentemente, o percurso realizado nesse artigo.

Para Luhmannr são quatro os tipos de sistemas: as máquinas, os organismos vivos, os sistemas psíquicos e os sistemas sociais. Os dois últimos diferenciam-se dos primeiros pelo fato de estarem fundados em unidades de sentido. No caso dos sistemas psíquicos, ou seja, os indivíduos, a unidade que funciona como portadora de sentido é o pensamento (ou consciência); nos sistemas sociais, é a comunicação. Os atos de comunicação são os elementos genuínos dos sistemas sociais, sem os quais eles não podem se perpetuar (1984: 138).

Além disso, Luhmann deixa bem claro que existem diversos tipos de sistemas sociais. Para meu propósito aqui, vou indicar apenas três tipos: os sistemas de interação, os sistemas de organização e os sistemas de função (economia, política, direito, ciência, educação, arte etc.). Para o autor a sociedade moderna se caracteriza por uma diferenciação funcional, isto é, por uma diferenciação dos

12. A noção de "funcionalismo" ou de "função" em Luhmann difere-se muito daquelas utilizadas pelos autores clássicos das ciências sociais, cujo pensamento foi identificado ao termo, tal como Malinowski ou Radcliffe-Brown na antropologia e Talcott Parsons na sociologia. De acordo com o próprio Luhmann, esses autores estariam mais próximos do *estrutural funcionalismo*, enquanto sua proposta reside num *funcional estruturalismo* – idéia de que a função antecede a estrutura. (Rodríguez Mansilla, 1995: XII) Nesse sentido, atribuir a Luhmann simplesmente o rótulo "funcionalista" significa misturar correntes sociológicas distintas e mal comprender sua proposta. Também sobre essa distinção cf. Izuzquiza (1990: 100 e ss.)

13. Para alguns criticos, Luhmann é considerado um sociólogo de direita, comprometido com um partido politico conservador (o partido democrata-cristão alemão), defensor de uma tecnocracia onipotente e critico radical de valores importantes da corrente mais progressista do pensamento europeu (Izuzquiza, 1990:26).

seus sistemas de função. Cada sistema de função torna-se então autônomo e diferenciado dos outros pelo fato de desempenhar uma (e somente uma) das funções da sociedade. Estar diferenciado significa que cada sistema desenvolve uma comunicação própria, que ele identifica como sendo a *sua* comunicação. No caso do sistema do direito, por exemplo, ele deve poder distinguir a sua comunicação da comunicação do sistema político, do sistema religioso, cientifico, econômico etc. E um observador externo pode também fazê-lo.

Os sistemas sociais, incluindo os sistemas de interação e organização são, portanto, compostos de comunicações e atribuição de sentidos.[14] Para cada sistema social, as mensagens enviadas só se transformam em comunicações a partir do momento em que ele próprio reconhece aquela mensagem como dotada de sentido para si. No caso do direito, por exemplo, qualquer evento, seja uma decisão, um discurso, uma interpretação ou mesmo uma fala, só será reconhecido como jurídico a partir do momento em que o sistema do direito puder reconhecê-lo como dotado de significado a partir do código: legal/ilegal. Se a informação não puder ser filtrada a partir desse código, então ele não tem relevância nenhuma para direito: ela faz parte do seu "entorno".[15] Luhmann afirma que a comunicação é uma operação genuinamente social porque pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, ou seja, de indivíduos, mas como unidade não pode ser imputada a nenhuma consciência isolada (1996: 217).

14. Na formulação luhmanniana os indivíduos não integram os sistemas sociais. Essa afirmação pode soar absurda aos ouvidos dos desavisados, por isso é importante sua contextualização. É claro que sem indivíduos não é possível existir comunicação e, portanto, não há sistemas sociais. Mas para a teoria dos sistemas luhmaniana, o que constitui a sociedade é a rede de comunicações formada entre os vários subsistemas. Comunicação no sentido aqui empregado compreende gestos, ações e também falas, discursos, interpretações, decisões, teorias, políticas publicas etc. (King & Thornhill, 2003: 26) O indivíduo não faz parte da sociedade, mas pode observá-la, e assim formar a sua opinião, a sua visão de mundo, de modo a através da consciência, atribuir significados aos eventos sociais. Indivíduo e sociedade estão, assim, claramente separados, ainda que sejam dependentes um do outro para continuarem existindo. Nos termos luhmanianos eles estão "estruturalmente acoplados". (Idem, 2003:07)

15. Nesse caso a informação pode pertencer ao sistema econômico, religioso, artístico etc ou ser simplesmente uma "interação" entre indivíduos.

2.1 Expectativas cognitivas e normativas

A sociologia do direito de Luhmann oferece uma contribuição importante para se compreender tanto o conceito de norma, como a função do direito. Para esse autor, o processo de criação das normas inicia-se fora do direito e, só a partir de uma seleção realizada pelo sistema jurídico, as normas adquirem a forma de normas *jurídicas*. A partir desse momento, então, pode-se dizer que uma determinada expectativa normativa transformou-se em norma jurídica. Ao fortalecer a seletividade, pré-selecionando certos comportamentos em detrimento de outros, o direito estabiliza as normas e aproxima-se da sua função.

A idéia de expectativa normativa surge da observação das diferentes formas de reação que o indivíduo (consciência individual) pode apresentar diante das experiências de decepção em relação às suas expectativas. O mundo complexo e contingente impõe reconhecer que tanto as coisas podem acontecer como as pessoas podem agir (comunicar) de forma inesperada.[16] Assim, são necessários mecanismos para tratar as decepções ou os desapontamentos das expectativas. Existem dois mecanismos básicos que desempenham essa função, ou em outras palavras, duas modalidades de reação: 1. aprender com a realidade e modificar a expectativa desapontada e 2. guardar a expectativa e protestar contra a realidade decepcionante (1972:56). Aqui está a diferença, central no modelo de Luhmann, entre a reação cognitiva e a reação normativa. E a diferenciação é feita a partir de suas funções, de acordo com o tipo de solução que cada mecanismo propõe:

"Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas

16. Luhmann define *complexidade* como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações que são colocadas diante do indivíduo ou dos sistemas sociais. Em outras palavras, a complexidade do mundo apresenta ao homem uma quantidade de possíveis experiências e ações muito maior do que é possível realizar. Assim, as experiências vivenciadas podem ser completamente diferentes do esperado. Isso reflete a *contingência* do mundo: a experiência concreta muitas vezes não se realiza conforme a expectativa (1972: 45).

ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride. (...) Dessa forma as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos." (Ibidem)

As normas são o produto de expectativas que foram mantidas ou estabilizadas diante da decepção. Elas são, neste contexto, definidas como "expectativas de comportamento estabilizadas em termos contra-fáticos". Ou seja, sua vigência é garantida, pelo indivíduo ou pelo sistema, independentemente da satisfação fática da norma: o desapontamento da expectativa concreta não produz a reformulação da norma. Em outras palavras, o desapontamento é previsto como possível, mas isso é considerado irrelevante para guardar ou não a expectativa (1972:57), o que só vai ser decidido após o desapontamento.

Se o fato de "não matar" é tido como uma expectativa normativa, o fato de "matar" não coloca em causa a norma. Assim, por exemplo, se o número de homicídios aumenta em um determinado país, este fato não leva a abandonar a norma segundo a qual "não se deve matar". Ao contrário, ela é afirmada contra a decepção, produzindo um efeito próximo a um discurso como: "você matou, mas nós (eu) continuamos dizendo que não se pode matar; não queremos aprender com a realidade do homicídio, abandonando esta expectativa (normativa)".

Luhmann salienta que é preciso compreender a função destas duas modalidades de reação, a qual se resume em colocar: "à disposição duas estratégias diferentes, mas mesmo assim funcionalmente equivalentes, para a seqüência da vida após desapontamentos" (1972:57). Ou seja, trata-se de conceitos funcionais, ligados ao papel que cada indivíduo desempenha face aos desapontamentos. Uma questão daí decorrente é que na sua etiologia, a diferenciação entre o cognitivo e o normativo só pode ser determinada a partir do caso de desapontamento e a partir do tipo de reação produzida. Daí dizer que a *normatização* só pode ser feita *a posteriori* (1972:59). É importante ressaltar novamente que essa perspectiva diz

respeito ao processo de criação da norma (ou seja, à sua genealogia), antes mesmo dela entrar no sistema do direito.

2.2 O problema da sanção

Quando Luhmann pensa a sanção na perspectiva da sociologia do direito, o faz em um contexto muito mais abrangente que o da sanção *penal*. Para o autor, a função básica da sanção é a mesma para o direito inteiro, de modo que não é possível distinguir uma função para a sanção civil e outra para a sanção penal. Nessa lógica, a função da prisão, da reparação de danos, ou dos trabalhos comunitários seria exatamente a mesma. Além disso, Luhmann enfatiza que a sanção é *uma* das possibilidades de reação ou de processamento de desapontamentos, sendo apenas em alguns casos a saída mais importante, ou pelo menos a mais comumente utilizada.

O objetivo do processamento das expectativas (normativas) é consolidá-las de maneira que: "Ela [a expectativa normativa] deve permanecer intacta enquanto elemento da auto-imagem do desapontado e enquanto base de seu comportamento subseqüente, não devendo ser descartada simplesmente como erro, como engano cognitivo, como ingenuidade ridicularizante". (1972: 68) Para que isso seja possível do ponto de vista do indivíduo, faz-se uso de alguns mecanismos sociais, dentre os quais a sanção. O ato de simplesmente ignorar a transgressão à norma, por exemplo, pode ser também um desses mecanismos. Isso é possível dado que as normas baseiam-se na comunicação e não em fatos. O ato de ignorar sua transgressão a protege contra informações discrepantes que a questionam (Ibidem), no sentido de que se desconsidera a informação de que a norma não vale mais e, portanto, a protege de questionamentos.

Claro, essa tática não é sempre viável. Há casos em que o desvio não pode ser simplesmente ignorado, o que torna necessária a utilização de outros meios. Nessas situações, é preciso poder considerar, interpretar e explicar o desaponta-

mento enquanto fato, além de ter à disposição comportamentos alternativos através dos quais seja possível expressar a continuidade da expectativa. Luhmann salienta que o sentimento de que o comportamento desapontador é um desvio, em si, já confirma a norma, pois o que ocorre em ultima instância é a afirmação de que a expectativa não estava errada, e sim a ação. (Ibidem).

As explicações dos desapontamentos têm a função de acomodá-los no mundo, agora que são inegáveis enquanto fatos, tornando-os compreensíveis. A explicação deve, assim, distanciar o acontecimento desapontador da expectativa, isolando-o simbolicamente, de modo que não seja colocada em questão sua continuidade. Dentre as possibilidades de explicação, Luhmann cita a atribuição do incidente a forças sobrenaturais, às más intenções do autor, à caracterização do autor como inimigo etc (1972:69).

Para Luhmann, na maior parte dos casos cotidianos, a explicação verbalizada já basta como neutralização do desapontamento. Frente a eles, usa-se a argumentação, exigem-se, apresentam-se ou aceitam- se esclarecimentos, justificativas, desculpas. Assim, em situações mais simples – ou menos complexas – da vida cotidiana o processo resume-se em rápidos entendimentos, que não deixam duvidas, melindres ou sentimentos mal-resolvidos. Nesses casos, a continuidade da vigência da norma é então claramente garantida (1972:72).

No entanto, explicações para os desapontamentos pressupõem que haja chances para o entendimento em relação à norma atingida, pelo menos em seus componentes essenciais. Comumente isso não é possível, ou não com a rapidez necessária, especialmente quando o próprio comportamento deixou muito evidente sua intencionalidade contra a norma. De acordo com Luhmann a saída mais típica para essa situação é a sanção (1972:73). Importante relembrar que o conceito de sanção aqui é bem amplo e ultrapassa mesmo o universo do direito *stricto sensu*: ela diz respeito ao desvio de qualquer expectativa normativa e pode ser traduzida, inclusive, por meio de olhares, gestos, palavras ou atos que manifestam a desaprovação.

O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva

A tentativa de impor a expectativa demonstra a decisão no sentido de mantê-la, e permite caracterizá-la como normativa. Luhmann ressalta, todavia, o problema que resulta da tendência em se definir o conceito de norma por meio da sanção. As definições de normas como aquelas que geram sanções nos casos de inobservância são muito freqüentes, sobretudo nos meios jurídicos. Essa maneira de ver as coisas, no entanto, gera uma primeira restrição do repertório de possibilidades de reação passíveis de manter a norma, além de obscurecer o fato de que a manutenção da expectativa é mais importante que a imposição de uma sanção. Isso significa que manter a expectativa, independentemente da forma de reação, é mais relevante que a maneira como ela é reafirmada. Para Luhmann, é importante ter em mente que existem outras estratégias de estabilização da norma que equivalem à sanção em termos funcionais. O exemplo apresentado pelo autor é muito ilustrativo:

"Se combinei encontrar-me com um amigo em um bar e ele não vem, sinto-me atingido não só nas minhas expectativas cognitivas, mas também nas normativas. Ele devia estar lá! É necessário então algum processamento do desapontamento da expectativa (...) Posso, por exemplo, perguntar por ele ao garçom, e no meu modo de falar expressar minha expectativa normativa como decepção, desgosto ou preocupação. (...) Mostro, então, que eu, com minha norma, me encontro do lado correto. (...) Também posso dirigir-me diretamente a ele [amigo] telefonando-lhe ou repreendê-lo em um encontro posterior. A seguir pode ocorrer um procedimento de escusas como acima exposto: posso aceitar de meu amigo, sem qualquer sanção, uma desculpa, contanto que ele reafirme a certidão da minha expectativa. Essa desculpa pode ser fictícia, e ele pode saber que eu sei que ela é fictícia, contanto que se expresse que no geral, e na próxima vez, os compromissos devem ser mantidos. (...)" (1972: 74)

Outro ponto que Luhmann ressalta é que a "teoria da sanção" tal como normalmente formulada pelos juristas parte da perspectiva de uma contradição intransigente entre aquele que espera e aquele que desaponta, como se

houvesse necessariamente um desentendimento quanto à norma. Isso resulta na desconsideração de muitos casos em que ambos cooperam para reabilitar a norma atingida. (1972:73). Mesmo para o que desaponta, é de seu interesse que a expectativa seja mantida, de maneira a garantir que ele mesmo possa guardá-la para futuras interações.

Enfim, arrisco afirmar que a grande contribuição de Luhmann neste tópico, muito mais do que oferecer ou apresentar novos formatos de sanção – ou de pena – é desconstruir uma antiga idéia de sanção, que necessariamente acompanha (e define) a norma e que é, no caso do direito penal, essencialmente punitiva. Além disso, a sanção, mesmo que em um sentido amplo, não é o único mecanismo disponível para a resolução de conflitos. Às vezes ela é realmente necessária, mas nem sempre. E mesmo quando necessária, não significa que ela precisa assumir a forma de uma punição causadora de grande sofrimento. Se pensada no domínio do direito penal, essa perspectiva pode gerar muitas reflexões interessantes, especialmente no âmbito das justificações da pena, limitadas ao estilo puramente aflitivo de punir.

2.3 A função do direito da sociedade

Luhmann considera a sociedade moderna[17] como um sistema social, composto por um conjunto de subsistemas de função. Como dito acima, cada subsistema (direito, economia, religião, política, arte etc.) realiza uma função específica na sociedade que não se confunde ou se mistura com as funções dos ou-

17. A expressão sociedade "moderna" é aqui empregada como contraste à sociedade "pré-moderna", que carateriza as sociedades segmentares e estratificadas, existentes até o século XVIII. Essa data marca o início do processo de diferenciação funcional, que é a característica identificadora da sociedade "moderna" que, para Luhmann, se extende até o presente. Para esse autor, do ponto de vista da *diferenciação funcional*, não se observam mudanças significativas na sociedade – ao nível da estrutura – desde aquela época, que justifique uma outra classificação ("pós-moderna", por exemplo). Isso não significa que Luhmann não reconheça terem havido grandes descontinuidades e importantes transformações nos sistemas sociais, especialmente no sentido da sua complexificação. Para a discussão sobre o conceito de modernidade em Luhmann, cf. Rasch (2000).

tros subsistemas. Essa diferenciação funcional, portanto, garante a cada subsistema sua própria identidade, estabelecendo os limites em relação ao seu entorno (*environment*). Considerando a comunicação como o elemento-base dos sistemas sociais, pode-se dizer que a função dos subsistemas está relacionada à capacidade de cada um organizar as comunicações e disseminá-las, de maneira que tanto o próprio subsistema, como os demais, possam fazer uso delas, ainda que em diferentes sentidos (King & Thornhill, 2003: 09). Apenas para ilustrar um pouco, cito algumas dessas funções, tais como compreendidas por Luhmann. Assim, a função da religião é administrar a inevitabilidade da contingência, a função da ciência é prover meios de distinguir entre verdade e não-verdade, a função do direito é de estabilizar expectativas normativas face às decepções, a função da economia é regular a escassez na sociedade, a função da política é prover meios de gerar decisões coletivamente vinculantes (*collectively binding decisions*) etc (Idem: 11).

No caso especificamente da função do direito (estabilizar expectativas normativas face às decepções), é preciso ter como ponto de partida a idéia de que é necessário haver reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas. Reduções, nesse contexto, podem ser entendidas como simplificações, abrandamentos, em que se buscam orientações para as expectativas e ao mesmo tempo, as imuniza contra o erro. Os sistemas sociais realizam essas reduções estabilizando expectativas objetivas, vigentes e pelas quais as pessoas envolvidas se orientam. Luhmann dá o seguinte exemplo: "Horário de visitas: domingos entre 11:00 e 12:30 horas". O importante dessa redução generalizante é seu caráter impessoal, anônimo e objetivamente abstrato, o que possibilita a compatibilização de expectativas recíprocas de visitantes e visitados.

"Ela (a redução generalizante) não serve apenas, e nem mesmo principalmente, para tornar os comportamentos previsíveis – quem saberia se alguém virá e a quem visitará? – mas também para regular a expectativa sobre expectativas: sabe-se, escudado nessa regra, que se podem fazer visitas (mesmo que só para deixar um cartão de visitas); pode-se esperar um comportamento correspondente por

parte dos visitados, ou pelo menos esperar que eles não perguntem ao mensageiro que traz um cartão de visitas o que isso significa, que eles não vejam o mensageiro como o próprio visitante, que eles não façam o mensageiro ir buscar o visitante propriamente dito, e assim por diante." (1972: 52)

A regra dispensa a orientação a partir da expectativa, o que se de um lado reduz o risco de erros, de outro exclui a necessidade do indivíduo examinar as alternativas. Trata-se, nas palavras de Luhmann, de uma espécie de fórmula curta e simbólica para a integração das expectativas concretas. A grande função dessas *sínteses regulativas de sentido* – e esse ponto é muito importante para a compreensão do direito – não é primariamente a previsibilidade do comportamento alheio, mas a segurança no plano reflexivo, em termos de expectativa. (1972: 52-53) Em outras palavras, isso significa dizer que mais importante do que a possibilidade de prever comportamentos é a possibilidade de estabelecer expectativas recíprocas, o que em ultima instância, alarga consideravelmente o campo de visão – ou de expectativas – de cada um, permitindo o acesso mais rico em possibilidades ao seu mundo circundante (1972: 48). Não é tão relevante o que cada um *vai* fazer, mas o que cada um *pode* fazer.

Assim, o direito da sociedade moderna – funcionalmente diferenciada – é concebido de maneira funcional e seletiva e não através de uma dada qualidade original do dever-ser ou de algum mecanismo fático, como por exemplo, a sanção estatal. O direito vai abrir caminhos congruentemente generalizados para algumas expectativas normativas, estabelecendo critérios externos (normas) para julgar se os fatos se aproximam ou não da norma generalizada, o que reduz o risco do mal entendido sobre as normas. Em certo sentido, o direito representa um alívio para as expectativas de cada indivíduo. Desse modo, diferentemente do que comumente se supõe, o direito não é um ordenamento primariamente coativo; de fato, a coação relevante para o direito em termos constitutivos é tão somente a obrigatoriedade de selecionar expectativas e mantê-las através de um dos mecanismos sociais designados para este fim (sanção, perdão, explicação etc) (1972:115).

Em outras palavras, o direito seleciona e estabiliza as expectativas normativas, garantindo sua manutenção no futuro apesar dos desapontamentos, ou seja, apesar dos exemplos contra-factuais. Nesse processo de seleção das expectativas normativas, o direito contrói o que pode ser chamado de uma "normatividade das expectativas normativas" (Nobles & Schiff, 2004: 14). A *função* do direito será então manter (estabilizar) esta *normatividade* apesar das decepções. Ele garante que as expectativas normativas selecionadas não serão abandonadas pelo simples fato de serem contra-factuais, mas que continuarão valendo para os próximos contatos sociais.

Para apreciar a originalidade da proposta de Luhmann no que toca à função do direito é importante ter em mente dois pontos. O primeiro é que Luhmann distingue entre a *função* desempenhada por cada subsistema social da *auto-descrição* que o subsistema apresenta que, por diversas razões, é raramente uma descrição precisa de sua função. É pela autodescrição, no entanto, que os sistemas constroem sua identidade interna, independentemente do que seus observadores pensam a respeito. Assim, quando Luhmann descreve a função do direito, da economia, da política etc, ela raramente coincide com a função que o próprio sistema construiu no seu discurso sobre si mesmo. O direito, por exemplo, em seu discurso identitário, pode definir sua função como *fazer justiça*. (King & Thornhill, 2003: 10, grifos meus)

Em segundo lugar, em *Law as a social system* (2004) e em outros estudos, Luhmann faz uma distinção entre a função e as prestações de um sistema. Se de um lado a função do direito é específica e estável, ou seja, não pode haver nenhuma outra fora a estabilização de expectativas normativas a despeito dos desapontamentos,[18]

18. No livro *Law as a social system* (original de 1993), Luhmann avança a discussão sobre a função do direito e reformula alguns conceitos de maneira a integrar sua sociologia do direito no quadro mais amplo da teoria dos sistemas, cujo marco teórico essencial é o livro *Social Systems* (1984). De qualquer maneira, ao reformular o conceito de função do direito para "manutenção (estabilização) das expectativas apesar dos desapontamentos" a formulação original, apresentada em *Sociologia do direito* (1972), "generalização de expectativas comportamentais" não me parece de todo prejudicada, necessitando apenas de algumas adaptações.

as prestações, enquanto contribuições para a resolução dos problemas concretos apresentados ao direito, podem variar muito, serem vistas como mais ou menos eficientes, mais ou menos justas etc. Nesse sentido, é importante tomar cuidado com certas teorias que confundem a função com as prestações e acabam concluindo que a má realização ou a realização incompleta das prestações representa a falência de sua função (Nobles & Schiff, 2004:14). Na verdade, a própria existência do sistema do direito indica que ele nunca deixou de cumprir a função de manter as expectativas (boas ou más) que ele proprio selecionou: não é possivel imaginar a aplicação da lei sem a afirmação (estabilização) da norma. De fato, só se pode dizer que o direito deixa de cumprir sua função quando as expectativas deixarem de ser normativas (transformando-se em cognitivas, ou quando transferidas a outros sistemas normativos) (Idem: 16).

Uma reflexão importante a ser extraída de toda essa problemática é que o direito não pode ser visto primariamente sob o aspecto da ordem e da proibição, da repressão de tendências naturais ou da coação exterior (1972: 119). Mesmo a idéia de imposição (*enforcement*) – seja ou não pela força – é menos relevante para o direito, face à complexidade e densidade das comunicações do sistema juridico e as conexões (*networks*) por elas construídas, o que permite a esse subsistema manter as expectativas mesmo face a consideráveis níveis de desapontamento.

Nobles e Schiff (2004: 15) apresentam um exemplo ilustrativo a esse respeito: "a presença de um ladrão não leva as pessoas a acharem que elas não podem ter expectativas em relação à propriedade (à possuirem bens)" (tradução livre). A simples condenação ou o fato de aplicar uma pena ou qualquer outra sanção reafirma essa expectativa. E não é nem mesmo necessário que a condenação ou a sanção ocorra em resposta a cada roubo (ou furto). A simples possibilidade factual de que ladrões sejam identificados, considerados culpados e eventualmente sancionados, reforça as expectativas representadas pelo direito em relação a roubos (de que não se deve roubar). E isto acontece "mesmo se poucos criminosos são [condenados, sancionados ou] punidos comparativamente à gravidade do crime.

O *mínimo esperado* é que uma pessoa não faça papel de idiota por guardar expectativas baseadas no direito" (Nobles & Schiff, 2004:15, tradução livre).

Em uma breve síntese do que Luhmann nos mostrou até agora, poderia dizer que: 1. as expectativas não são na origem nem normativas nem cognitivas; 2. o processo de emergência de qualquer expectativa normativa inicia-se fora das comunicações do direito; 3. a função do direito no seu conjunto é a manutenção das normas selecionadas não sendo essa, portanto, uma função exclusiva do direito penal; 4. qualquer tipo de sanção contribui, à sua maneira, para a função do direito, ou seja, contribui como mecanismo de reforço à manutenção (estabilização) das normas.

Em termos de direito penal – e aqui ja adianto algumas reflexões importantes que podem ser feitas neste domínio – estenderia as contribuições de Luhmann para afirmar que: 5. a função do direito e, portanto, do direito penal, não é primariamente coativa, e traduz-se unicamente na possibilidade de processamento de decepções das expectativas; 6. a função da pena criminal não se distingue da função das outras sanções, o que significa que nenhuma teoria do direito penal deveria tentar impedi-lo de fazer uso de qualquer outra forma de sanção ou intervenção; 7. não é por utilizar outros tipos de sanções que o direito penal vai se transformar, por exemplo, em direito civil ou administrativo; 8. a pena aflitiva não tem potencial de afirmação maior que as outras sanções e não tem nenhuma função privilegiada na manutenção das expectativas; nesse sentido, a pena de prisão, não significa uma melhor estratégia de manutenção das expectativas.

3. Jakobs e Luhmann: uma comparação

Como já disse, Jakobs transfere para a literatura juridico-penal algumas idéias e conceitos que ele observa nos trabalhos sociológicos de Niklas Luhmann. Apesar das freqüentes referências à literatura sociológica, o autor constrói a teoria da prevenção geral positiva a partir exclusivamente do direito penal e não, por exemplo, a partir do direito no seu conjunto. Importar algumas idéias da sociolo-

gia não significa *fazer* sociologia. É preciso ter isso em mente para relativizar a influência de Luhmann na obra de Jakobs, e resistir à tendência a interpretá-la como um legado da sociologia do direito luhmaniana. A questão, assim, é observar como foi produzida a transferência dessas idéias e conceitos, ou seja, qual é o (novo) sentido que Jakobs dá às idéias de Luhmann. Antes de mais nada, é importante notar que existe aqui uma mudança de sistemas: a teoria de Luhmann é uma teoria do sistema científico; a teoria da prevenção geral positiva de Jakobs é uma teoria construída no sistema do direito, mais especificamente do direito penal e que ainda conta com o conhecimento antigo e os pressupostos teóricos convencionais da área.

No entanto, a teoria de Jakobs não está, em vários momentos, suficientemente clara ou não foi suficientemente desenvolvida. Em muitas passagens ele utiliza conceitos chaves que não foram elucidados, e deixam o leitor um pouco perdido quanto ao alcance da reflexão proposta. Em outras palavras, descrever um pouco mais detalhadamente seu pensamento pode significar uma atividade arriscada. Devido a tais dificuldades, minha tarefa resultou em menos um trabalho de reprodução direta do pensamento do autor, mas, sobretudo, em um exercício de interpretação. Essas ressalvas são importantes de serem guardadas para que o meu leitor possa controlar as deduções de sentido que tenho que realizar aqui.

Proponho alguns pontos de partida para ajudar a esclarecer o exercício de comparação realizado a seguir: em primeiro lugar, a discussão quanto às expectativas cognitivas e normativas é tematizada por Jakobs de maneira completamente diferente da de Luhmann. Enquanto o propósito de Luhmann é estabelecer essa distinção para pensar a emergência e o conceito de norma, Jakobs a utiliza como uma distinção normativa para separar os fatos (ser) da norma penal (dever ser). Nessa operação ele volta-se exclusivamente para o direito penal, distorcendo o propósito original da distinção. Em segundo lugar, Jakobs não discute o conceito de sanção. Ele utiliza o termo, mas não o problematiza, o que gera um certo grau de incerteza na interpretação. Estaria o autor se referindo a todas as sanções

disponíveis no direito, ou, ao contrário, estaria pensando na sanção penal e particularmente na pena de prisão? Aparentemente, seu pensamento está voltado para as penas criminais convencionais e, salvo em alguns poucos momentos, esboça uma visão mais abrangente referindo-se à *sanção*. Em terceiro lugar, a idéia de função do direito não é claramente tematizada por Jakobs. Ele aborda, no entanto, a "função" do direito penal que, da maneira tal como é apresentada, se afasta consideravelmente da proposta luhmaniana.

3.1 Expectativas normativas e cognitivas por Jakobs

Em oposição à Luhmann, Jakobs não parece estar interessado no problema da genealogia das normas. Jakobs utiliza a distinção luhmaniana tão somente para pensar e justificar a manutenção do *direito penal* e, sobretudo, para justificar a diferença entre o direito penal e as outras modalidades do direito. O grande problema aqui é que esse reencaminhamento coloca, logo de entrada, a distinção (cognitiva) de Luhmann num quadro estritamente normativo. E essa transposição não foi nem explicitada nem tematizada pelo autor, gerando dúvidas quanto à sua interpretação e legitimidade.

Em poucas palavras, Jakobs define a expectativa cognitiva:

"(...) nos contatos sociais podem surgir decepções do mesmo modo que na relação com a natureza. Toda pessoa sabe que seu semelhante é de 'carne e osso' e, portanto, está submetido a leis naturais (...) Nesse âmbito, só se espera da outra parte, no contato social, que seu estado ou situação siga as regras da natureza, mas que não respeite as normas jurídicas. Estas expectativas são de caráter cognitivo, o que quer dizer que em caso de decepção, houve um erro de cálculo e há que voltar a aprender, ou seja, calcular melhor para o futuro (...)" (1983: 10, tradução livre).

Ora, o que ocorre nessa exposição de Jakobs é uma "ontologização" das expectativas. Isso significa que para ele as expectativas são "por natureza" cognitivas – distinguindo-se de outro grupo em que as expectativas seriam igualmente "por

natureza" normativas. Elas são, assim, definidas *a priori* como cognitivas ou normativas. Para Jakobs, a expectativa cognitiva está de antemão orientada "para a natureza" e a expectativa normativa "para os contatos sociais". Se houve um erro de cálculo é porque se tratava de uma expectativa cognitiva desde sua origem. E o fato de assumir que há um erro já significa em si uma escolha – prévia – que determina a natureza da expectativa. Para Luhmann, no entanto, a decepção em relação ao comportamento não é sinal de erro, pelo contrário, é resultado de um simples acontecimento. O tipo de expectativa só se revela depois da reação, portanto *a posteriori*. Além disso, ele pode se modificar com o tempo: eu posso reagir a determinado fato normativamente e depois cognitivamente. Ou seja, não há nenhuma natureza prévia ou fixa em relação às expectativas. Luhmann, de fato, insiste em bem delimitar a função da diferenciação entre o normativo e o cognitivo, qual seja, simplesmente disponibilizar estratégias para lidar com os desapontamentos, depois que eles ocorrem.

Além disso, no pensamento luhmaniano as expectativas cognitivas e normativas inicialmente se apresentam indeterminadamente fusionadas, não havendo nenhum comprometimento prévio com um ou outro estilo. É justamente porque a definição entre cognitivo e normativo é *a posteriori*, que é possível haver um amplo campo de expectativas que são raramente desapontadas, mesmo se na prática os acontecimentos não ocorreram como esperado. Nestes casos, portanto, uma decisão prévia entre o normativo e o cognitivo é totalmente desnecessária. Como exemplo, Luhmann cita os contatos cotidianos, os quais se regulam por si próprios, e caracterizam-se como situações em que as possibilidades de desapontamento não são sequer cogitadas[19] (Luhmann, 1972: 58).

19. "Que nas conversas cotidianas se mantenha uma certa distância – ou seja, que o parceiro não tente manter uma conversa a 100 metros de distância, nem se aproxime a 5 centímetros – isso é esperado de forma direta e quase inconsciente, sem sequer imaginar-se a possibilidade de um desapontamento. Citando um outro exemplo, (...) as exigências de precisão no contexto dos contatos cotidianos também se regulam por si próprias, de forma a que um "bom dia" não se retruque: que dia, até quando, em que sentido? Finalmente, muitas ações, se bem que possíveis, ultrapassam o limiar da ex-

A justificativa dada por Jakobs para a classificação da expectativa enquanto cognitiva confirma não só a tendência à ontologização das expectativas, como sua perspectiva de análise, voltada para o direito penal: "O tratamento dessas situações [caracterizadas pelas expectativas cognitivas] como algo natural ocorre porque a imputação [de responsabilidade] de tais situações poderia converter potencialmente qualquer um em autor, no sentido penal, sem possibilidade de revisão, e conseqüentemente anularia tanto a segurança nas expectativas como as que pode garantir" (1983: 10, tradução livre). A caracterização, portanto, das expectativas como cognitivas não é feita a partir da reação aos desapontamentos, mas é previamente construída para se encaixar em um modelo de atribuição de responsabilidades (penais). Assim, certas situações são consideradas como "naturais" e irrelevantes para o direito penal porque, nesses casos, não seria possível imputar ao autor nenhuma responsabilidade e ao mesmo tempo garantir segurança jurídica. De qualquer forma, o que importa aqui é frisar como Jakobs descola-se do pensamento luhmaniano e afasta-se da sociologia do direito, utilizando elementos da doutrina (ou dogmática) penal para construir sua análise,[20] o que não necessariamente é a opção mais adequada, ou pelo menos a mais criativa.

Quanto à expectativa normativa, Jakobs a define da seguinte maneira:

"Uma decepção específica no âmbito dos contatos sociais afeta aquelas expectativas que se derivam da pretensão frente à outra parte de que respeitara as normas vigentes, podendo a pretensão contradizer o juízo cognitivo" (1983: 10, tradução livre).

clusão normativa consciente. Por isso mesmo, inumeráveis situações óbvias do convívio cotidiano assumem aquela forma de expectativas difusas, indefinidas com relação a desapontamentos" (1972: 58)

20. Outro exemplo dessa atitude é quando Jakobs afirma que os limites entre os dois tipos de expectativa são dados pelo conceito de ação e culpabilidade. Para Jakobs "princípio da culpabilidade" significa que somente deve-se apenar alguém quando se produz um fato culpável. Como se trata de um assunto social, que ultrapassa a mera *psique* do autor do fato, a culpabilidade deve ser compreendida como falta de fidelidade ao ordenamento jurídico de acordo com um juízo objetivo social. Em outros termos, a culpabilidade é a constatação que a contribuição do autor para a sociedade é errônea, destruidora das estruturas e que por isso ela não é suscetível de ser seguida. (2000: 58) Ora, estamos claramento no domínio da dogmática penal.

No seu entendimento, a expectativa normativa representa a pretensão, de cada indivíduo, de que o outro respeitará as normas vigentes. Jakobs retoma uma idéia central de Luhmann – de que a norma é uma maneira de reagir que não "aprende" com os fatos – mas vai modificar a maneira de apresentá-la para considerar sutilmente que uma das *características* da expectativa normativa é o fato de que mesmo face à decepção, ela não é abandonada: "A uma expectativa normativa, não se há de renunciar nem sequer em casos de decepção, mas esta pode manter-se (contrafaticamente), se como falha decisiva não se define a expectativa do decepcionado, mas a infração da norma por quem a decepciona" (1983: 10). Sublinhei a palavra *características* justamente para destacar o ponto de que, para Jakobs, o fato de manter-se contrafaticamente não *qualifica* a expectativa – como acontece em Luhmann – mas é apenas *uma* das suas características. Como exemplo de manutenção da expectativa normativa, Jakobs menciona a "prisão do malfeitor para deixar manifesto o incorreto de sua conduta"(1983:11). Essas passagens retratam bem sua leitura do tema. Além de deixar claro sua posição quanto à natureza prévia da expectativa, o autor ressalta a importância atribuida a uma das modalidades de imposição das expectativas normativas: a sanção penal aflitiva.

Esse é um dos casos, ja previsto por Luhmann, em que a norma é substancialmente conectada à sanção, e mais grave ainda, a um estilo particular de sanção, a pena aflitiva.[21] Se o direito penal, por um lado, não admite pena sem norma – *Nulla poena sine legem* – ele também não admite norma (penal) sem pena – *Nullum crimen sine poena legali.* A sanção (pena) funciona como a razão de ser da norma, afinal, sem ela, ou sem a possibilidade de sua imposição, a propria distinção de Jakobs entre as expectativas cognitivas – aquelas que não

21. Em outro trabalho, Jakobs confirma essa possibilidade de interpretação: "Precisamente em virtude da evidente contingência das normas, ou seja, (...) da indemonstrabilidade da vontade correta em relação às normas jurídicas, e também morais, sua vigência há de garantir-se de outro modo, precisamente através de uma sanção. No caso das normas jurídico-penais, portanto, através de uma *pena* imposta em um procedimento formal." (1995: 19, grifos meus, tradução livre.)

necessitam de sanção – e as expectativas normativas – aquelas que necessitam de sanção (1995:19) – perderia o sentido. Ainda que Jakobs faça, em alguns momentos, referência à sanção em sentido amplo, Luhmann já havia alertado para o fato de que mesmo em relação à sanção, há muitas outras estratégias funcionalmente equivalentes para processar desapontamentos. O grande problema em identificar a norma pela sanção é perder-se de vista que, face à decepção de uma expectativa, o mais relevante é a manutenção da própria expectativa e não a imposição de uma sanção específica. Com efeito, Luhmann deixa claro haver várias maneiras de afirmar as normas jurídicas de comportamento e, dentre essas maneiras, indica diversas modalidades de sanção. Essa ressalva parece que também não foi considerada por Jakobs.

3.2 O problema da pena

Afirmei acima que Jakobs, quando fala da prevenção geral positiva, movimenta-se essencialmente no universo do direito penal. Portanto, se Luhmann procura fazer uma reflexão sobre a sanção em sentido amplo, Jakobs não ultrapassa as fronteiras da sanção penal e não desloca a importância dada pelo direito penal às penas aflitivas. Ainda que em algumas passagens, como mencionado acima, empregue o termo *sanção*, na grande maioria das vezes refere-se ou parece referir-se verdadeiramente à *pena*. Em determinada passagem de *Derecho Penal* (1983: 13) ao mencionar a missão da *pena* como "reafirmação da vigência das normas", Jakobs cita Luhmann em nota de rodapé. Ainda que a intenção de Jakobs fosse fazer referência somente à idéia de vigência da norma, o fato é que o conceito restritivo de pena é elemento estranho à teoria luhmaniana. Assim, quando Jakobs confunde pena (aflitiva) e sanção, sob o pano de fundo luhmaniano, ele não só incorpora um novo termo, mas, de fato, distorce a lógica do pensamento de Luhmann para reduzir a sociologia do direito a um discurso sobre a pena. De qualquer forma, nos casos em que fala de *sanção* parece muito mais tratar de uma

"*disctinction without a difference*" do que realmente uma contraposição de expressões semântica e teoricamente diferentes.[22]

O problema fundamental dessa sobreposição de conceitos não reside simplesmente na confusão semântica, mas nas repercussões teóricas e práticas que esse fato gera. No plano puramente teórico, essa confusão reflete a não incorporação dos elementos chaves e criativos da teoria luhmaniana como base para a análise. Do ponto de vista prático, ou seja, do ponto de vista do funcionamento do sistema penal, a não distinção implica em um engessamento do conceito de pena, tornando-o hermético e limitando o espaço para a visualização e aplicação de outras possibilidades de sanção.

Tais conseqüências podem ser visualizadas (e reproduzidas) no fato de Jakobs creditar à pena aflitiva um *status* de categoria fundamental para a manutenção da sociedade, o mesmo que lhe foi atribuido no início do século XIX. Esse pressuposto desproporcional, tomado como evidência, parece ter desempenhado o papel de obstáculo à recepção das idéias mais inovadoras de Luhmann.

Com efeito, de acordo com Jakobs: "A prestação que realiza o Direito penal consiste em contradizer a sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade" (1995: 11) Há uma série de problemas nessa afirmação. Em primeiro lugar – e só como uma nota – o conceito sistêmico de *prestação* é aqui empregado por Jakobs de maneira completamente dissonante da maneira concebida originalmente por Luhmann.[23] Em segundo lugar, Jakobs faz aqui uma

22. Um exemplo nesse sentido: "Não é possível respeitar a norma sem o conhecimento de como está conformado o mundo (...) O esforço suficiente para conseguir este conhecimento vem já garantido pelo fato de que em caso contrário ameaça produzir-se um fracasso vital como *poena naturalis*. À disposição a observar a norma lhe falta uma garantia natural desse tipo; tal é o motivo de que seja necessária uma *sanção*. Por exemplo: quem não segue as normas elementares da matemática é considerado tonto, mas não é a mesma coisa para quem descuida das regras elementares da convivência: a este último só mediante a *pena* se lhe declarara incompetente" (1983: 11, tradução livre, grifos meus)

23. Jakobs trata *função* e *prestação* como sinônimos: (1995: 10) O curioso é que cita Luhmann como referência para essa afirmação. Para Luhmann, no entanto, *função* e *prestação* são conceitos

alusão à idéia de estabilização de expectativas normativas enquanto função do direito penal. Ocorre que, como já mencionei várias vezes, para a teoria dos sistemas, estabilizar expectativas é a função do direito no seu conjunto, e não exclusivamente do direito penal. Em terceiro lugar, e talvez aqui resida o problema mais grave, Jakobs considera as normas estabilizadas pelo direito penal – e, portanto, as normas penais – as responsáveis pela identidade da sociedade. A esse terceiro ponto retornarei mais detidamente na próxima sessão.

O que interessa sublinhar por enquanto é que, para Jakobs, o direito penal realiza na sociedade a função de garantir a identidade social e é a pena (aflitiva) o principal instrumento responsável por tal garantia. Ou, ainda, formulando de uma maneira mais radical, a pena não é apenas um meio para manter a identidade social, mas é a própria manutenção (1995: 11). Isso significa que a pena desempenha um papel que, assim como o direito penal, é insubstituível e indispensável: "Segundo o modelo da prevenção geral positiva (...) a pena deve garantir a segurança das expectativas nos contatos sociais, possibilitando *a existência da própria sociedade*" (Jakobs, 1983:20, grifos meus).

No contexto edificado por Jakobs tudo parece indicar que a pena revela-se uma sanção diferentemente valorizada e desempenha uma função estruturalmente mais importante que as demais sanções. Ao considerar-se a pena aflitiva, cujo modelo padrão hoje é a prisão, como a sanção indispensavel para garantir a identidade da sociedade, as outras modalidades de afirmação das normas e mesmo de sanções ficam completamente ofuscadas por seu "brilho". Ora, isso significa que resta à sociedade (e ao direito penal) conviver com a pena sem cogitar

que não se confundem. Entre as diferenças mais marcantes, podemos dizer que a função é sempre específica de um só subsistema social, enquanto as prestações podem ser comuns a vários deles. Além disso, a função dirige-se sempre à sociedade como um todo, enquanto as prestações dirigem-se aos outros subsistemas sociais específicos e aos indivíduos. A prestação de "gerenciamento de conflitos", por exemplo, não é exclusiva do sistema do direito, podendo ser promovida também pelo sistema de educação, pelo sistema econômico etc... Por outro lado, a função de estabilização das expectativas normativas que foram selecionadas de maneira congruente é a função exclusiva do sistema do direito. Cf Luhmann (2004: Cap 2).

modificá-la, seja introduzindo novas sanções, seja simplesmente reduzindo o uso e a duração das penas aflitivas.

Essa insistência na pena – na sua versão tradicional, ou seja, aflitiva – parte de uma *cultura de fé* no direito penal, presente no pensamento dos séculos XVIII e XIX e na vasta maioria dos juristas, que é auto-reproduzida e auto-alimentada, cristalizando no pensamento jurídico, do qual Jakobs é parte, a idéia de pena aflitiva como sanção por excelência, responsável quase exclusiva pela ordem social no mundo.

3.3 A função do direito penal na sociedade

Seguindo a mesma lógica da análise feita até aqui, enquanto Luhmann analisa a função do *direito*, Jakobs trabalha somente a noção de função do *direito penal*, alterando completamente o conceito de função. Esse estreitamento de perspectiva indica uma visão interna do direito e da sociedade, realizada exclusivamente a partir do direito penal. E mais restritivo ainda do que isso, Jakobs acaba reduzindo a função do direito penal no que ele crê ser a função da pena aflitiva.

É possível identificar na obra de Jakobs três planos de reflexão interligados à sua maneira de ver esse problema: 1. uma reflexão sobre a função das normas (em geral) na sociedade; 2. uma reflexão sobre a função – central e centralizadora – das normas penais na sociedade; 3. uma reflexão sobre a função do direito penal como garantia da identidade da sociedade.

1. De acordo com Jakobs, a sociedade é a construção de um contexto de comunicação, cuja identidade se determina por meio de regras de configuração, ou seja, por meio de normas. Em outras palavras, a constituição da sociedade se dá através de normas que devem ser capazes de manter sua configuração a partir de modelos divergentes (1995: 17). Neste ponto Jakobs faz uma distinção entre as normas que não necessitam de uma estabilização especial, pois já são asseguradas por via cognitiva e as normas jurídicas e morais que, devido à sua contingên-

cia, precisam assegurar-se através da sanção. (Ibidem:19) De saída, já nos deparamos com um problema: apresentar como *norma* tanto as expectativas normativas quanto as *cognitivas* e em supor, particularmente no que toca às normas morais, que as normas só se mantêm com a sanção.

A formulação "as normas morais (e jurídicas) *precisam* (ou necessitam) de sanções" revela uma considerável ambiguidade, que se resume na possibilidade de ler este enunciado de duas maneiras: a maneira mais radical consiste em sugerir que todas as normas jurídicas e morais só podem ser afirmadas por meio de sanções aflitivas. A outra maneira, mais geral e indicativa, é assumir que a afirmação de Jakobs indica que as sanções de diversos tipos são mecanismos sociais *cuja existência* é necessaria à vida em sociedade. Neste segundo caso, muito mais aceitável, está-se apenas dizendo que os sistemas morais e jurídicos precisam contar com a existência de sanções de vários tipos (entre outros mecanismos de afirmação da norma) para manter as expectativas normativas que eles selecionaram.

Além disso, Jakobs propõe que as normas jurídicas e morais são responsáveis por formar a estrutura global da sociedade:

"As normas são a estrutura da sociedade, dito de outro modo, são a regulação do conteúdo daquelas relações entre as pessoas que podem ser esperadas, cujo contrário não se deve contar. Posto que se trata das relações entre as pessoas, e não só de um indivíduo e sua situação particular, as normas são um assunto social e sua estabilização é estabilização da sociedade (...) Para que a sociedade não só exista de modo imaginário, mas realmente, suas normas hão de ter vigência" (Jakobs, 2000: 57).

Há aqui um segundo problema, mais importante que o mencionado logo acima: ver as normas jurídicas ou morais, como construindo a estrutura da sociedade. Este ponto de vista normativo e simplificador se opõe não só à teoria luhmaniana, mas possivelmente a todas as teorias sociológicas. Jakobs parece transpor para o plano da sociedade o que observamos no plano das regras de um jogo concebido como um sistema de regras triviais. Mas não é possivel transpor essa

visão para os sistemas sociais complexos. Como visto no início deste artigo, a sociedade é composta por vários tipos de sistemas sociais (sistemas de interação, de organização, de função etc), sendo que cada tipo de sistema têm as suas próprias estruturas. Dessa maneira não se pode atribuir a um sistema parcial de função, como o direito, a responsabilidade ou o peso da estrutura global da sociedade. A perspectiva luhmanianna ainda acrescenta que, ao lado das estruturas dos sistemas parciais, a estrutura global da sociedade se dá pela forma de diferenciação social dominante (seja ela segmentária, estratificada ou funcional). De qualquer modo, não faz nenhum sentido dizer que as normas morais ou juridicas formam a estrutura da sociedade. No limite, é possivel afirmar que esse enunciado não revela nada de interessante ou de importante sobre o tema.

Para Luhmann, há expectativas normativas em todas as esferas da convivência social, e aí inclui-se a família, a comunidade religiosa, a pesquisa científica, a organização partidária etc. Em todas essas dimensões existem regras normativas, que excluem outros possíveis ordenamentos e que pretendem ser impositivos. Em outros termos: "sempre é imprescindível um mínimo de orientação através do direito"[24] (1972: 7). Isso não significa que o direito, ou qualquer outro subsistema social normativo, como a religião ou economia, seja mais ou menos importante para a configuração da sociedade.

2. É acreditando que as normas constroem e mantêm a "estrutura da sociedade" que Jakobs desenvolve a questão da importância das normas penais Se as normas, de uma maneira geral, já ocupavam um papel fundamental na sociedade, são as normas jurídico-penais que realmente dão sustentação à estrutura.

24. Nesta passagem de *Sociologia do Direito* (1972) o *direito* deve ser entendido em sentido amplo, na qualidade de conjunto de normas que orientam o comportamento, inclusive na família, indicando os papéis sociais dos indivíduos etc. Quando observamos a sociedade a partir do direito, a nossa tendência é de não observar essas normas como normas de direito (ou mesmo de moral). Nesta primeira obra, Luhmann apresenta também o "direito" como *estrutura* do sistema social, definição que vai clarificar em trabalhos posteriores. Mesmo assim, sua idéia de estrutura está muito distante da formulação de Jakobs e de qualquer maneira, não quer dizer que a sociedade não possa modificá-la. Ao contrário: toda evolução social modifica a estrutura.

São elas que, por excelência, garantem a ordem social (Jakobs, 1997: 20) por meio da manutenção das expectativas mais relevantes ao convívio social. E essa "garantia consiste em que as expectativas *imprescindíveis* para o funcionamento da vida social, na forma dada e exigida legalmente, não se dêem por perdidas em caso de decepção" (1997:45, tradução livre, grifos meus). Ora, o que Jakobs faz aqui é assumir que as expectativas a que diz respeito o direito penal são muito mais importantes do que as outras que são, por sua vez, prescindíveis.

Jakobs produz aqui uma diferenciação valorativa, que hierarquiza as normas de comportamento numa escala de maior ou menor relevância para a constituição social. As expectativas garantidas pelo direito penal seriam então, *expectativas normativas de comportamento essenciais*, que devem ser protegidas da decepção (Ibidem, loc.cit., grifos meus). Estar de acordo sobre a importância da maior parte das normas de comportamento protegidas pelo direito penal, não significa estar de acordo com a idéia que as normas penais estruturam a sociedade, que elas são mais importantes que outras normas equivalentes ou que as sanções atuais de direito penal não podem evoluir.

3. Assim, Jakobs define a função do direito penal como: "contradizer a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O direito penal, portanto, confirma a identidade social" (1995: 11). Aparentemente, para o autor, isso quer dizer que sem a disposição e capacidade de punir, própria do direito penal, a sociedade simplesmente se desintegraria enquanto organização social: "(...) nenhum sistema pode renunciar a essa força: uma crise do *ius puniendi* público, que por exemplo, conduzisse a uma ampla retirada rumo a medidas jurídico-civis, seria uma crise não só do *ius puniendi*, mas também do público" (1995: 26). Esta afirmação mostra como Jakobs atualiza completamente a racionalidade penal moderna. Trata-se de um argumento de resistência à evolução interna das normas de sanção em direito penal que reconduz o quadro estrito das teorias da sanção que sustentam os meios puramente negativos. Isso evidencia como a teoria da prevenção geral positiva não

se afasta das teorias classicas da dissuasão e da retribuição do ponto de vista de uma evolução interna do direito penal.

No entanto, Jakobs acaba reconhecendo que a sociedade conta com outros meios identitários, mas ao direito penal dedica especial destaque: "o direito penal constitui uma etiqueta de apresentação da sociedade altamente expressiva, da mesma maneira que sobre a base de outras partes da sociedade é possível derivar conclusões fiéis sobre o direito penal."(1995:14). Essa perspectiva de um direito penal naturalmente diferenciado *ponto por ponto* dos demais ramos do direito faz parte de uma "visão juridico-penal" do mundo, na qual o sistema organizacional dos direitos – especialmente a separação (ontológica) entre o direito penal e o direito civil – correspoderia a uma realidade objetiva, à natureza das coisas (Pires, 1991:50). E é só a partir dessa perspectiva "ontologizada" que se justifica representar o direito penal como uma via privilegiada de descrição e interpretação da sociedade.

Ora, como Pires (2003) indica "o problema não reside na diferenciação mesmo entre o subsistema do direito criminal e os outros subsistemas do direito, mas na maneira de ver essa diferenciação que consiste em pensar que a unica maneira de diferenciar é não ter os mesmos mecanismos que outros sistemas". Por exemplo, dois individuos constituem dois sistemas biológicos e psicológicos distintos e autônomos mesmo se eles possuem vários elementos idênticos (dois corações, duas consciências etc.)[25] Assim, de acordo com o mesmo autor, "a diferenciação de um sistema social não está e não exige a exclusividade dos mecanismos sociais adotados; ela reside somente na diferenciação de conjunto produzida pelo sistema que se diferencia dos outros e que pode mudar suas estruturas internas sem desaparecer, desde que continue a guardar uma diferença de conjunto com relação aos outros sistemas ou ao seu ambiente" (Ibidem).

25. Esse exemplo é repetido em vários seminários e conferências dados por Pires em vista de atualizar suas primeiras formulações sobre esse problema (ver Pires, 1998: 14, nota 10).

Se para Luhmann, a seu turno, não faz sentido atribuir ao direito um papel essencial ou mais importante que aos outros subsistemas sociais, muito menos isso é possivel em relação ao direito penal. Em termos de teoria dos sistemas, mesmo as comunicações emanadas pelo sistema do direito como um todo representam uma e apenas uma maneira de atribuir sentido aos eventos (informações), sem reclamar especial importância (King & Thornhill, 2003: 40). Assim, o direito não pode, ele mesmo, produzir a identidade da sociedade, e menos ainda o direito penal. Da mesma maneira, a sociologia não pode fazê-lo mais que o direito. O direito pode ter um discurso sobre a sociedade, construído a partir dos seus parâmetros internos, que não é mais ou menos importante que o discurso que outros sistemas, como a arte, a religião, ou a ciência, também tenham construído.

4. Conclusão

A perspectiva de Jakobs não viabiliza uma transformação significativa na maneira de pensar a pena, ou seja, não se desprende dos preceitos mais típicos da racionalidade penal moderna. Se, de acordo com o autor, é o direito penal que garante a identidade da sociedade, torna-se, portanto, imprescindivel que se promova a observância estrita da norma (penal). E isso se dá com a pena aflitiva – e só com ela. Nesse sentido, o direito penal já teria alcançado o máximo da sua evolução interna em termos de concepção. Pensar em alternativas pode ser muito perigoso, pois outras formas de sanção implicariam em "renunciar" à força do *ius puniendi* público, necessária para proteger a ordem social. Mesmo quando Jakobs enumera uma série de situações, nas quais outras sanções poderiam ser aplicadas alternativamente à pena (1997: 14 e ss), não o faz de uma maneira convincente e abrangente, de maneira a libertar-se da visão – tradicional – do direito penal.

Mas enfim, qual a importância da crítica teórica a Jakobs? Em que sentido a sociologia do direito de Luhmann poderia contribuir para fazer o direito penal avançar e conceber a pena de maneira mais lúcida – ou menos convencional – como

sugeri na introdução? Onde está o potencial inovador da teoria de Luhmann que foi perdido na análise de Jakobs?

Meu objetivo nesse artigo foi tentar mostrar que a posição de Jakobs continua constituindo obstáculos internos à evolução e inovação do direito penal. A sua teoria produz um efeito de dissuasão nos juristas quanto ao interesse e a possibilidade de repensar o direito penal, já que ela tenta convencê-los de que o melhor serviço que ele pode prestar à sociedade contemporânea reside em guardar as mesmas idéias que foram plantadas pela racionalidade penal moderna nos séculos XVIII e XIX; e que basta "atualizar" algumas delas para manter essa indiferença à mudança que o sistema de pensamento moderno do direito penal criou.

Claro que não é possivel negar o fato do direito penal estar em contato mais direto com certos comportamentos que ensejam sentimentos fortes naqueles que vivem a experiência – de crimes violentos, por exemplo – e naqueles que a observam. É preciso fazer um esforço, todavia, para que o reconhecimento desse fato não impeça o verdadeiro exercício crítico sem o qual acabamos todos por justificar maneiras de pensar e agir antigas que não tornam necessariamente a vida melhor – ou pelo menos mais segura. O obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal, produzido pela racionalidade penal moderna de que fala Pires (1998), é justamente essa resistência a olhar de outra maneira o mesmo objeto e efetivamente repensar uma nova racionalidade penal para a sociedade contemporânea.

Numa tendência contrária ao que foi sedimentado no seio da racionalidade penal moderna, Luhmann pode ajudar a construir um outro retrato da noção de sistema social que pode se revelar inovadora se aplicada ao direito penal. De acordo com Pires (2004) a combinação entre crime e pena aflitiva dá origem a uma formidável ilusão de necessidade e de identidade quanto à natureza dessa associação. De um lado supõe-se que tanto as normas de comportamento como as de sanção são igualmente obrigatórias e, de outro, supõe-se que a sanção que afirma a norma deve ser estritamente negativa. Ora, para Luhmann, não faz sentido identificar norma e sanção, sobretudo porque a sanção não é a unica alternativa

para garantir a norma. Para o autor, isso é importante frisar, existem outras estratégias de manutenção da norma, equivalente à sanção em termos funcionais. E mesmo considerando a sanção em si, deve-se ter em mente que ela pode assumir muitas formas, mais ou menos incisivas e, sobretudo, não necessariamente negativas, abrangendo desde uma reprovação com o olhar até uma intervenção estatal.

Isso não significa dizer que o mecanismo de sanção não seja importante na sociedade. Mesmo Luhmann reconhece a sanção como um meio expressivo e institucionalmente privilegiado de manutenção das normas (1972: 116). A questão aqui não é desconfirmar a importância simbólica, agregativa, estabilizadora da sanção, mas tão somente relativizar o peso e o papel atribuido à sanção *penal*, e dentro desta a pena aflitiva. Reconhecer que a sanção desempenha um papel relevante nos contatos sociais é uma coisa; acreditar que quem faz predominantemente esse papel é a sanção penal, e nos moldes tradicionais, ou seja, através, sobretudo, da prisão, é outra. O primeiro caso é fruto da observação empírica. O segundo é fruto da racionalidade penal moderna.

Desde o século XVIII e desde Beccaria, a maior parte dos países ocidentais acostumou-se a pensar a pena e o direito penal de uma maneira específica da qual é difícil escapar, mesmo nos discursos mais progressistas. Estar "à esquerda" no direito penal significa, na melhor das hipóteses, reconhecer que talvez a pena não cumpra realmente todos os objetivos por ela fixados e, portanto, defender uma amenização na sua aplicação.[26] Ou, no outro extremo, significa propor sua total abolição, já que ela não serve para nada.[27] O que nunca se propõe, no entanto, é repensar a própria pena. Repensá-la fora dos parâmetros tradicionais, da racionalidade penal moderna. Repensá-la não significa somente reduzir sua aplicação – mantendo-a essencialmente a mesma – ou aboli-la completamente – negando-a. Significa fazer um

26. Nesse sentido, Pires chama a racionalidade penal moderna de um sistema de pensamento "pré-politico" ou "trans-político", já que ele se sedimenta antes ou independentemente das visões políticas do mundo. E acrescenta que distinções politicas, como "esquerda" e "direita", ou distinções científicas de pensamento "crítico" ou "tradicional", não descrevem diferenças empiricas significativas em materia penal (Pires, 2004).

27. Sobre a perspectiva abolicionista de Louk Hulsman, cf. Bernat de Celis (1982).

exercício de análise partindo de outras perspectivas, usando outros instrumentos de observação e, sobretudo, procurar desligar-se dos discursos normativos que atualmente a envolvem e neutralizam uma verdadeira crítica de fundo.

Se a pena (aflitiva) não tem nenhum papel especial para o direito, por que não substituir com mais frequência, por exemplo, a pena de prisão por outras modalidades, tomando-se como exemplo o direito civil ou administrativo? Por que não valorizar a conciliação, a reparação de danos, os serviços à comunidade, o tratamento em liberdade? Por que não dar prioridade às multas reparatórias? Por que não, ainda, pensar em outras possibilidades de sanção, em sentido amplo, que nem sequer foram cogitadas pelo direito penal, mas que se apresentam como "equivalentes funcionais" (desculpas, explicações)? Em todos esses casos é bom esclarecer que não estou me referindo a *penas alternativas* à privação de liberdade, mas à hipótese de dar-lhes estatuto preferencial, de penas por excelência. E a prisão? Bom, talvez em casos muito especificos, realmente ela seja necessária. Mas esses casos seriam tão pouco numerosos a ponto de não se poder mais identificar, como se faz hoje em dia, a pena criminal da pena de prisão.

Essas observações não têm como objetivo simplesmente desacreditar ou fragilizar o direito penal, mas sim propor um realinhamento do foco que possibilite novas maneiras de enxergar e, assim, de problematizar o papel da pena e do direito penal na sociedade. E em termos de teoria da pena, esperar uma teoria de intervenção penal mais criativa e mais adaptada à complexidade da sociedade contemporânea e aos conhecimentos atuais. A questão é se conseguiremos, a curto prazo, nos desfazer, ou ao menos relativizar, a herança "iluminista" de uma arraigada cultura punitiva expiatória.

5. Bibliografia

AMADO, J. A. G. (1999) *La filosofia del derecho de Habermas y Luhmann*. Colombia: Universidade Externado de Colombia.

BARATTA, A (1985). "Integracion-prevencion: uma nueva fundamentacion de la pena dentro de la teoria sistémica". *Doctrina Penal*, ano 8, n. 29 a 32.

_____. (1991) "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discussion en la perspectiva de la criminologia critica". *Pena y Estado*, n. 1, septiembre-diciembre, Barcelona: PPU.

BERNAT DE CELIS, J. (1982) "Les grandes options de la politique criminelle: la perspective de Louk Hulsman". *Archives de politique criminelle.*

GRAS, A. (1990) "Quelques mots clés de la sociologie de Niklas Luhmann". *Cahiers Internationaux de Sociologie*, vol. LXXXXIX.

HASSEMER, W. (1984) *Fundamentos del derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch.

_____. (1993) "Historia das idéias penais na Alemanha do pós-guerra", *In*: HASSEMER, W. *Três temas de direito penal.* Porto Alegre: AMP – Escola superior do Ministério Publico.

_____. (1995) "Prevención en el derecho penal" Trad. Juan Bustos Ramirez, *In*: BUSTOS RAMIREZ, J. (dir.) *Prevención y teoría de la pena.* Santiago de Chile: Conosur.

_____. (1999) "? Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sancion penal", *In*: HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoria de la imputacion en el derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde y Maria Del Mar Diaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch.

IZUZQUIZA, I. (1990) *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escândalo.* Barcelona: Editorial Anthropos.

JAKOBS, G. (1983) Derecho *Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madri: Marcial Pons, 1997.

_____. (1995) *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Bogota: Universidad Externado de Colômbia, 1998.

_____. (1997) "Sobre la teoria de la pena". *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal* n. 8. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

_____. (2000) "¿ Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigência de la norma?, *In*: Jakobs, G. & Cancio Meliá, M. *El sistema funcionalista del Derecho penal*: Intituto Peruano de Ciências Penales, Universidade de Piura, Grijley.

KING, M. & THORNHILL, C. (2003) *Niklas Luhmann's theory of politics and law*. London: Palgrave.

LUHMANN, N. (1971) "Interaction, Organization and Society", *In*: _____. *The differentiation of society*. Translated by Stephen Holmes and Charles Larmore, New York: Columbia University Press, 1982.

_____. (1972) *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. (1984) *Social Systems*. Trad. John Bernadz Jr. and Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1999.

_____. (1996) *Introduccion a la teoria de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México D.F.:Universidad Iberoamericana.

_____. (1999) "L'État et la politique. La sémantique de l'autodescription des systèmes politiques". *In*: _____. *Politique et complexité. Les contributions de la théorie générale des systèmes*. Trad. Jacob Schmutz. Paris: Les Éditions du Cerf.

_____. (2002) *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Mexico D.F.: Universidad Iberoamericana.

_____. (2004) *Law as a social system*. Trad. Klaus A. Ziegert, Oxford: Oxford University Press.

MIR PUIG, S. (1995) "Funcion fundamentadora y funcion limitadora de la prevencion general positiva", *In*: BUSTOS RAMIREZ, J. (dir.) *Prevencion y Teoría de la pena*. Santiago do Chile: Jurídica Conosur.

MORIN, E. (1990) *Introduction à la pensée complexe*. Paris: ESF éditeur.

NOBLES, R & SCHIFF, D. "Introduction", *In*: LUHMANN, N. *Law as social system*, Oxford: Oxford University Press. 1-52.

PIRES, A. (1991) "Éthiques et réforme du droit criminel: au-délà des philosophies de la peine". *Ethica*, Vol.3, no2.

_____. (1998) "La Formation de la rationalité pénale moderne au XVIIIe siècle", *In*: DEBUYST, C.; DIGNEFFE, F & PIRES, A. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Vol 2, Bruxelles: De Boeck Université. 1-219.

_____. (2003) *Élements pour une théorie descriptive du système de droit criminel.* Documento de trabalho não publicado. Laboratório de Pesquisa em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal, Universidade de Ottawa.

_____. (2004) "A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia" *Novos Estudos – CEBRAP*, 68, 39-60.

PIRES, A. & ACOSTA, F. (1994) "Les mouches et la bouteille à mouches: utilitarisme et rétributivisme devant la question pénale". *Carrefour* – Revue de réflexion interdisciplinaire 16 (2). 3-39.

RASCH, W. (2000) *Niklas Luhmann's modernity.* California: Stanford University Press. 242p.

RODRÍGUEZ MANSILLA, D. (1995) "Nota a la version en español", *In*: LUHMANN, N. *Poder*. Barcelona: Anthropos, Mexico: Universidad Iberoamericana, Santiago de Chile: Instituto de Sociología: Pontificia Universidad Catolica de Chile.

ROXIN, C. (1981) "Culpabilidad, prevencion y responsabilidade en derecho penal", *In*: ROXIN, C. *Culpabilidad y prevencion em derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Réus.

_____. (1997) *Derecho Penal. Parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.* Trad. Diego-Manuel Luzon Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Civitas.

STRATENWERTH, G. (1996) *"¿Qué aporta la teoria de los fines de la pena?"* Trad. Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia.

Criminologia e transdisciplinaridade

Salo de Carvalho

Advogado. Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito.
Professor do Mestrado em Ciências Criminais
da PUCRS. Conselheiro do IBCCrim.

"Saquear o outro, naquilo que ele tem de essencial e inalienável, se transforma quase no credo nosso de cada dia. A eliminação do outro, se este resiste e faz obstáculo ao gozo do sujeito, nos dias atuais se impõe como uma banalidade" – JOEL BIRMAN.

Sumário: 1. Introdução – 2. Para além das disciplinas – 3. O nascimento da tragédia: a gênese do projeto criminológico e as armadilhas da interdisciplinaridade – 4. A criminologia castigada: o rótulo da auxiliaridade – 5. A "criminologia de si" e a "criminologia do outro" – 6. Interlúdio: a razão ética de Lévinas e o resgate da alteridade: a negação da razão punitiva – 7. Criminologia, alteridade e limites: 7.1 Consideração primeira: os limites da Criminologia e a ausência epistemológica; 7.2 Consideração segunda: Criminologia e alteridade; 7.3 Considerações finais: O mal-estar nas Ciências Criminais – 8. Referências bibliográficas.

Resumo: O estudo avalia a necessidade de uma (re)constituição do modelo de ciências criminais fundada em três perspectivas: (a) abertura à transdisciplinaridade; (b) orientação pela idéia humanista de respeito à diversidade; e (c) ciência dos limites da programação dos mecanismo penais. Intenta expor o discurso narcisista que envolve a ciência criminológica, cujo efeito foi deflagrar a violência dos poderes penais contra a alteridade.

Palavras-chave: Criminologia – Ciências criminais (epistemologia) – Transdisciplinaridade – Alteridade – Violência punitiva.

1. Introdução

Marcar o nascimento da criminologia, neste primeiro momento entendida como ciência das ciências criminais ou nomeação de um modelo integrado de ciências penais que congloba direito penal, processo penal, política criminal e a própria criminologia, é, tradicionalmente, um postulado necessário a todo pensador da área que pretenda definir o terreno de sua incidência teórica.

Embora sempre tenha existido, nos mais diferentes momentos da história da humanidade, "saber" sobre as questões "penais", ou seja, em relação às condutas desviantes, suas formas de controle e as respostas dadas pelos detentores das violências (i)legítimas, apontar a gênese da criminologia moderna indica não apenas a delimitação do horizonte de investigação, mas a eleição de projeto político(criminal).

Nota-se, ao compartilhar esta tarefa, uma dicotomia constante entre os autores: (a) definir como ponto de partida o pensamento liberal, advindo com a ilustração, calcado na racionalidade cartesiana e tendo como pressuposto político-filosófico a metáfora do contrato social em suas mais diversas vertentes (Hobbes, Locke ou Rousseau), focalizando o delito em sua esfera normativa; ou (b) apresentar sua origem no interior do marco científico positivista, cuja proposta instiga uma superação das limitações do direito a partir da proposição de um diálogo entre algumas disciplinas voltadas ao estudo do crime como fenômeno da natureza.

A dualidade exposta tradicionalmente opõe o projeto liberal ao positivista desde a definição do objeto (lei penal ou homem delinqüente), do método

(silogístico-aristotélico ou empirista) e das funções (retribuir o delito com uma sanção proporcional ou criar mecanismos de prevenção de novas condutas ofensivas), definindo as bordas das ciências criminais.

Apresentar previamente a opção pela gênese da criminologia não apenas imporia ao leitor a forma de abordagem de um fenômeno previamente selecionado, mas projetaria seus efeitos a partir das experiências históricas das práticas penais da modernidade. Se no projeto da ilustração foi possível visualizar uma circunscrição do terreno de incidência do controle penal, estabelecendo, pois, importantes limites formais às violências dos aparelhos repressivos do Estado, a construção criminológico-positivista fomentaria a expansão ilimitada destes mecanismos punitivos, pulverizando o controle com o objetivo de reforçá-lo.

Não se trata, portanto, apenas de uma opção ou requinte metodológico, como constantemente defendem os seguidores de modelos científicos "puros" e "verdadeiros", mas da assunção ideológica de projetos com finalidades díspares, as quais redundam invariavelmente na minimização ou potencialização da(s) violência(s) programada(s).

Logicamente, desde o ponto de vista da identificação da postura político-ideológica relativa ao controle penal, é absolutamente salutar a apresentação preliminar daquilo que o pensador vê como "história" da criminologia. Todavia, visualizando o problema "desde fora", isto é, sem a preocupação meramente academicista de definir os contornos metodológicos de seu estudo, pode-se abdicar do dualismo, entendendo-o como uma falsa questão cujo efeito é encobrir os problemas derivados desta cisão histórica. O que realmente preocupa, filiando-se a Rauter, não é "(...) *o estabelecimento de um método ou o grau de coerência interna do discurso, mas os efeitos que estes produzirão no campo das práticas.*"[1]

1. RAUTER, *Clínica do Esquecimento*, p. 05.

2. Para além das disciplinas

Para superar o dualismo é fundamental desobrigar-se da percepção da criminologia como ciência, sobretudo porque "A Ciência" não existe, e visualizá-la como um campo de saber(es) voltado(s) para a construção de um solo fértil de debate sobre as formas e os mecanismos de controle social. Eximir-se da pretensão de busca de verdades definitivas e exortar as unidades totalizantes próprias dos projetos da Modernidade, aparecem como pressupostos.

Inegável, nesta perspectiva, a necessidade de adoção de uma perspectiva transdisciplinar voltada à negação do *método de despedaçamento* que, baseado na obsoleta concepção cartesiana que funda a ciência moderna,[2] compartimentalizou o conhecimento, afastou a ciência da arte, enrijecendo as formas e engessando a criação. Na configuração do método, a classificação dos fenômenos ocorreu segundo seus aspectos análogos, sendo sua organização estabelecida em compartimentos (grupos). Produziu-se, pois, segundo Marton, um despedaçamento do mundo na tentativa de estabelecer relações causais entre os acontecimentos: "*entrincheirada em seu feudo, a ciência não leva em conta outras áreas do conhecimento, outros domínios do saber. Além de explicação dos fenômenos, pretende ser interpretação do mundo. E mais: a única interpretação verdadeira do mundo. Diante dela tudo deve ser relegado a um segundo plano, posto que não existe nada tão necessário quanto a verdade.*"[3]

Desta forma, inexiste "A Ciência" porque o exercício (oficial, lícito) do conhecimento transformou-se em um projeto moral(izante) de descobrimento de

2. O projeto cartesiano, na busca do '*verdadeiro método*' para a conquista do conhecimento sobre todas as coisas, fundou-se em quatro preceitos: (1.º) nunca aceitar algo como verdadeiro se não o conhecesse claramente como tal; (2.º) *repartir cada uma das dificuldades em tantas parcelas possíveis e necessárias a fim de melhor solucioná-las*; (3.º) iniciar a análise dos objetos pelos mais simples e mais fáceis para, galgando degraus, alcançar o conhecimento; e (4.º) realizar enumerações e revisões para ter certeza de nada omitir (DESCARTES, *O Discurso do Método*, pp. 49-50).

3. MARTON, *Nietzsche: uma filosofia a marteladas*, pp. 48/49.

uma única verdade, d'"A verdade"; e esta *vontade de verdade* olvida o fato de que outra verdade exista, "(...) *verdade chã, acre, feia, repulsiva, amoral acristã... Porque existem tais verdades.*"[4]

A perspectiva transdisciplinar possibilita(ria) libertar os saberes dos seus feudos, colocando-se em diálogo aberto com diferentes campos de conhecimento (e com a arte), possibilitando o (re)conhecimento de verdades outras, a discussão dos valores contemporâneos e os limites do(s) saber(es). A defasagem existente entre "*a nova visão do mundo que emerge do estudo dos sistemas naturais e os valores que ainda predominam na filosofia, nas ciências do homem e na vida da sociedade moderna*",[5] torna fundamental a construção de novos campos de saber que possibilitem leitura diferenciada dos desafios da contemporaneidade. Inegável, portanto, a recusa de "*qualquer sistema fechado de pensamento*", e a urgência de "*uma procura verdadeiramente transdisciplinar, de uma troca dinâmica entre as ciências 'exatas', as ciências 'humanas', a arte e a tradição.*"[6]

A crença na unidade do discurso e na potência dos métodos científicos forjados na modernidade ofusca o olhar do pesquisador, impedindo-o de perceber a dimensão das revoluções e dos desafios (riscos) contemporâneos.

A necessidade de abertura dos saberes, de diálogo entre as disciplinas e a impossibilidade de se manterem eficazes os discursos disciplinares impõem uma nova postura aos investigadores. Tal postura deve estar harmonizada por uma ética transdisciplinar que reconheça a "(...) *existência de diferentes níveis de realidade, regidos por lógicas diferentes*", e negue "*qualquer tentativa de reduzir a realidade a um único nível regido por uma única lógica.*"[7]

Todavia, embora teoricamente seja natural na atualidade o entrelaçamento dos saberes e a superação dos projetos científicos, com a criação de novos campos

4. NIETZSCHE, *Genealogia da Moral*, p. 18.
5. DECLARAÇÃO DE VENEZA, *A Ciência Diante das Fronteiras do Conhecimento*, art. 01.
6. DECLARAÇÃO DE VENEZA, *A Ciência...*, art. 03.
7. CARTA DA TRANSDISCIPLINARIDADE, art. 02.

de conhecimento, a dificuldade em iniciar processos de tal ordem, sobretudo em ramos mais conservadores como o jurídico, é sensível. As tradições, apesar dos nítidos sinais de crise, acabam sempre por ostentar saberes purificados, auto-suficientes, alheios às "especulações mundanas".

3. O nascimento da tragédia:[8] a gênese do projeto criminológico e as armadilhas da interdisciplinaridade

Imperativo, contudo, ficar atento para que as experiências transdisciplinares não fiquem enclausuradas em si mesmas, sob pena de configurarem nova dogmática ou religião a serem apresentadas como o novo paradigma que dará conta dos problemas contemporâneos. O fechamento imporia a negação do espírito crítico e constantemente inquieto que está na base da idéia de transdisciplinaridade.

A partir da constatação de que "*toda e qualquer forma de crime pode ser considerado um fenômeno complexo, e portanto, impossível de ser explicado sob o olhar de*

8. A referência explícita ao texto publicado por Nietzsche em 1872 é proposital. No entanto, o sentido imposto no presente trabalho deriva de uma verdadeira apropriação indevida do nome da obra.

Em *O Nascimento da Tragédia no Espírito da Música*, Nietzsche marca seu elogio ao espírito helênico trágico, que antecedeu ao surgimento da escola socrática, distinguindo, sobretudo, o espírito *apolíneo* do *dionisíaco*. A construção realizada em seu primeiro livro publicado terá importância vital na crítica ao projeto e à lógica do pensamento cientificista ocidental. Os "(...) gregos do período trágico seriam exemplares. Eles pressentiram e vivenciaram de modo exacerbado as atrocidades da existência e as 'dores do mundo', sem a necessidade de subterfúgios moralistas" (GIACÓIA, *Nietzsche*, p. 33). Com Sócrates e a excessiva preocupação com a lógica e a dialética, "(...) substituiu-se o homem trágico pelo seu contrário: o homem teórico" (MARTON, *Nietzsche: a transvaloração dos valores*, p. 26). Desta forma, o homem teórico coloca-se contra o mito e a arte – "considerados uma forma de ignorância e de ilusão, uma vez que não explicitam as verdadeiras causas das coisas" (GIACÓIA, *Nietzsche*, p. 36) –, optando por uma ilusão metafísica que seria a crença na verdade científica.

Desta forma, para Nietzsche, o retorno ao pensamento trágico seria a única saída possível para o esgotamento científico provocado pelo 'despedaçamento do mundo' e sua moralização.

O sentido proposto para o título do capítulo é totalmente outro, pois inverte o elogio nietzscheano à tragédia e utiliza o termo no seu pior sentido, em sua forma mais pejorativa. A tragédia aqui referida diz respeito, pois, a um fato originário calamitoso, cujas conseqüências foram absolutamente funestas.

uma só ciência",[9] fundamental às pessoas que pensam as violências nas suas mais variadas formas de expressão – aos "pensadores" do crime e da criminalidade –, produzirem fissuras nas cerradas amarras de suas "ciências-mães".

A questão a ser colocada neste momento, e de fundamental importância para que se perceba os riscos da "dogmatização da transdisciplinaridade", é que na esfera criminal uma das gêneses se constrói como projeto multidisciplinar.[10]

A produção teórica sobre o crime chega à saturação no final do século XIX. O pensamento liberal contratualista apresentara no século XVIII um projeto de racionalização do poder punitivo, baseado na ponderação de penas e no controle das atividades judiciais e executivas, com a finalidade de contração das violências públicas que, se de um ponto de vista provocou ruptura com a ordem repressiva do medievo, sobretudo o sistema inquisitivo, por outro lado não logrou êxito na redução da criminalidade.

O panorama do final dos oitocentos é de profundo entusiasmo com o avanço da racionalidade técnico-científica. A crença no espírito da ciência, sobretudo das ciências naturais, é reforçada pelas inúmeras conquistas. No entanto, se a sociedade industrial vê com admiração o gradual aumento no nível de qualidade de vida daqueles que têm acesso aos bens de consumo produzidos, assiste, no reverso, ao processo de pauperização e exclusão de grande número de pessoas. A con-

9. GAUER, *Interdisciplinaridade e Ciências Criminais*, p. 683.

10. Distingue-se, neste momento, de forma fragmentária, multidisciplinaridade de transdisciplinaridade no sentido de que, no primeiro caso existe, *a partir das disciplinas*, uma coordenação de conhecimentos aparentemente diferenciados sobre um mesmo objeto que, ao "(..) *apenas* estender pontes de contato entre as disciplinas" (PAVIANI, *Disciplinaridade e Interdisciplinaridade*, p. 65), procuram domá-lo (o objeto). Diferentemente, a transdisciplinaridade implica superação, por isso, os prefixos "cis" ou "preter" poderiam expressar melhor a idéia de *além das disciplinas*: "a transdiciplinaridade é uma ação de abertura e de 'fusão' de ciências e disciplinas, que envolvem pesquisadores e comunidades científicas, com objetivos de produzir conhecimentos novos e de integrar teorias e métodos para buscar novas soluções de problemas complexos (...). A transdisciplinaridade procura pontos comuns entre a ciência e a cultura, entre a ciência e a tradição, entre a ciência e a tecnologia e outras manifestações sociais e históricas " (PAVIANI, *Disciplinaridade...*, p. 64).

centração populacional nos centros urbanos, fomentada pela busca de emprego e melhores condições daquela vida do campo, cria enormes bolsões de miséria na periferia das cidades. Com a incapacidade de a indústria receber a demanda, as taxas de desemprego paulatinamente sobem. Neste cenário, inexorável o aumento da criminalidade,[11] sobretudo dos crimes contra o patrimônio.

Neste quadro social que assola as principais cidades européias, e igualmente os grandes centros urbanos dos países do Novo Mundo que ingressaram na era industrial, as respostas ao controle do delito fornecidas pelas ciências criminais forjadas no liberalismo são consideradas obsoletas. Desta forma, parecem mais adequados, na análise dos fenômenos criminais, conceitos advindos da psiquiatria, como o de *degeneração individual* (Morel) ou aqueles biológicos adaptados pela sociologia como os de *desorganização social* (Darwin e Spencer).

A base multidisciplinar na análise dos novos acontecimentos sociais impulsiona mudanças nas estratégias das ciências criminais. Se o objetivo do direito e do processo penal iluministas, centrados nos princípios de legalidade e jurisdicionalidade, era a contração das violências do poder público, a meta, ao menos normativamente, fora atingida. No entanto, esta concepção monodisciplinar, centrada exclusivamente na avaliação do crime como ente jurídico, não lograra êxito na diminuição dos níveis de criminalidade, pelo contrário. O solo para o florescimento de novo paradigma de ciências criminais tornara-se, portanto, fértil.

A racionalidade científica da modernidade postulou, desde seu nascedouro, através do controle da natureza, a criação de mecanismos capazes de gerar felicidade aos homens. O projeto da modernidade é centrado nesta busca do gozo constante e na satisfação ilimitada dos desejos, como se a possibilidade de supressão da falta gerasse (ou fosse sinônimo de) felicidade.

11. Categorias de importante distinção como crime, criminalidade e violência serão utilizadas, neste momento, de forma similar, sobretudo porque na história do pensamento criminológico a diferenciação dos conceitos ocorrerá em momento posterior, fundamentalmente com o advento do paradigma da reação social.

No que diz respeito à administração da justiça criminal, os grandes problemas a serem enfrentados pelos movimentos humanistas para superação dos modelos inquisitivo-medievais podem ser expressos em três distintas ordens: a supressão do suplício gótico, baseado na rudeza da resposta penal, na esfera das penas; o controle prévio do conteúdo das condutas puníveis, no que tange à definição dos crimes; e a criação de instrumentos que superem os métodos pouco científicos de obtenção da verdade, na órbita do processo penal.

O projeto de racionalização da justiça penal advém, portanto, da enunciação do princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, stricta et scripta*), do estabelecimento de critérios de razoabilidade e proporcionalidade às penas, e, sobretudo, da visualização de aparelho processual baseado em estrutura acusatória na qual as figuras de juiz e acusador sejam distanciadas, ao réu seja garantida ampla defesa, e mecanismos de controle da valoração da prova e do raciocínio do juiz sejam ativados para resguardar as partes.

Nota-se, neste primeiro movimento da justiça criminal da modernidade, um processo de burocratização dos aparatos, de forma a lhes proporcionar a impessoalidade necessária para o adequado funcionamento. Todavia, a 'modernização' do sistema punitivo operou-se, quase que estritamente, na adequação da administração pública aos ideais liberais. Neste plano de reforma da justiça punitiva, os objetivos fundamentais eram os de criação de cargos e divisão das tarefas de investigar, defender, acusar, julgar e punir, de forma a racionalizar a resposta estatal ao ilícito. Minimizada a violência pública, a nova fase postula minimizar as violências privadas.

Na lacuna entre os projetos, pode-se perceber que não há, necessariamente, ruptura. Embora o paradigma vindouro fissure as conquistas do direito penal liberal, desde a análise da construção do sistema de administração da justiça penal, a criminologia positivista aparece como continuidade e reforço daquele projeto científico da modernidade que, a partir do domínio da natureza, levaria a sociedade ao cume civilizatório.

No plano da repressão ao delito, portanto, a maior felicidade possível à sociedade civilizada que a ciência poderia fornecer era a erradicação de todas as formas de violência. A violência, expressa na similitude com a norma jurídica que a prevê, representava o legado incômodo de uma ordem bárbara cuja técnica (repressiva) deveria extinguir.

Inexorável, desde esta perspectiva, incisiva e pontual crítica aos racionalistas liberais, desde seus métodos até suas concepções sobre a natureza humana: "(...) *até esses últimos tempos, os criminalistas não estudaram o delinqüente. Concentraram sua atenção e todo o esforço de seus silogismos sobre o estudo do crime que eles consideravam não como o episódio revelador de um modo de existência, mas simplesmente como uma infração às leis. Eles não viam, no delito, senão sua superfície jurídica e não sonhavam em procurar as raízes profundas da degenerescência individual e social.*"[12]

Perceber o delito como patologia, naturalizando-o, e, posteriormente, controlar esta natureza de forma a regulá-la, passam a ser os objetivos da segunda fase do projeto civilizatório de cientificização do delito. O método: isolamento do delinqüente, classificação de suas patologias e identificação em grupos.

A nova tarefa a ser enfrentada pelos criminólogos requer, porém, superação dos limites normativos do direito, contato com outra(s) disciplina(s). Para tanto, aproximam-se – intentando, ao estudar objeto comum (o crime e o criminoso) dar melhor especificidade – antropologia, sociologia, biologia, psiquiatria e psicologia. Tais disciplinas, ao configurarem um campo de experimentação (a criminologia), passam pelo processo de auto-adjetivação criminal. Não por outro motivo, na retomada do direito penal pelo direito, a crítica à desorganização provocada pela multidisciplinaridade será feroz – "(...) *no creo, sin embargo, equivocarme al afirmar que por lo menos en el campo más restringido de las ciencias jurídicas, son pocas las que presentan hoy día un estado de desorganización similar al que se encuentra atualmente en la ciencia del derecho penal.*"[13]

12. FERRI, *Os criminosos na arte e na literatura*, p. 29.

13. ROCCO, *El Problema y el Metodo de la Ciencia del Derecho Penal*, p. 02.

Embebidas no sonho cientificista da radical resolução do problema (criminalidade), e operando no interior de um modelo bio-psico-social sanitarista que identifica na diversidade estético-racial o objeto de eliminação, as disciplinas criminológicas, longe de inaugurarem novo paradigma, pautam tecnologia repressiva de raiz totalitária. Assim, o horizonte investigatório é ampliado a ponto de forjar modelo de segurança pública que, aparelhado como polícia criminológica, a partir dos instrumentos fornecidos pela técnica, é capaz de identificar os inimigos públicos que devem ser controlados-eliminados-contidos.

O projeto sanitarista de erradicação da criminalidade-violência, na busca de eliminar os últimos resquícios de barbárie da civilização ocidental, transmutou-se, ele próprio, na brutalidade de um sistema policialesco genocida. A tragédia do projeto multidisciplinar é verificada pelos efeitos produzidos nas práticas criminológicas. Sua carência epistemológica e sua má consciência estética não as eximiram de responsabilidade ética pelas violências inomináveis.

4. A criminologia castigada: o rótulo da auxiliaridade

A experiência criminológica positivista, desde a perspectiva da construção de projeto epistemológico pioneiro para as ciências criminais, redundou fracassada. A multidisciplinaridade ínsita ao modelo positivista, ao invés de acrescentar adeptos pertencentes às mais variadas áreas do conhecimento, provocou desagregação, irrompendo uma cisão nas ciências criminais plenamente visível na atualidade.

Por um lado, o projeto criminológico gerou a reação dos juristas ligados ao direito e ao processo penal (reação tecnicista), cujo escopo passou a ser a retomada da discussão jurídica sobre o tema, distinguindo, ao reviver os "clássicos", crime e violência, ente jurídico e ente natural. De outra parte, a simplificação temática das questões criminais à formação biológica (biologia criminal), à anatomia (antropologia criminal), à degeneração da personalidade (psicologia e psiquiatria criminal), e ao ambiente telúrico (sociologia criminal), fomentou severas

críticas advindas da sociologia, sobretudo da sociologia norte-americana, que negava a origem etiológica do crime.

No campo do direito penal, Rocco reflete com nitidez o estado da arte no início do século XX: "(...) *sometidos el derecho y la ciencia del derecho penal a la antropología, aún mas, anulados en nombre de una falsa antropología, o ahogados por otra parte en el mar inmenso de la sociología, la escuela positiva tuvo, no obstante algunos méritos innegables, el resultado de acumular a su alrededor un montón de ruinas jurídicas, sin haber hecho nada por sacar de entre ellas el nuevo edificio, no diré legislativo, sino al menos científico, de derecho penal, que había manifestado querer construír, y cuya edificación todos esperaban. Destruyendo, pues, sin reconstuír, tal escuela ha terminado por limitarse a la tarea más sencilla que es la de criticar e negar, y ha llegado en último análisis a un derecho penal...sin derecho!*"[14]

A fala de Rocco, reproduzida na maior parte dos países da Europa ocidental, determina o fim do projeto epistemológico da criminologia. A partir de então, na reconfiguração dos papéis, a dogmática – ciência da ciência do direito –, será introduzida no direito penal, passando a delimitar seu horizonte de atuação, tendo como referência a teoria geral do direito ("ciência-mãe"). Assim, à criminologia é imposto um *minus* qualificativo, pois assumirá o posto de ciência auxiliar do direito penal, cuja atuação ficará restrita à definição do tratamento penal do delinqüente. Lembre-se, porém, que embora a reação tecnicista tenha destronado a criminologia positivista, colocando em seu lugar a dogmática, ainda persiste, no plano macro, a lógica do positivismo. Sua transfiguração decorre da mudança de árvore do conhecimento – das ciências naturais às sociais aplicadas. Mais: o afazer criminológico sanitarista permanece irredutível, mesmo que colocado na borda das ciências criminais.

No âmbito da sociologia criminal, com idêntica força manifesta-se o paradigma do etiquetamento (*labelling approach*), instituindo a reação social. A naturalização do delito pelo enfoque etiológico aproximou dois conceitos diferentes, com baixa assimetria: violência e delito. Somente com esta fusão na qual delito e violência são qualidades intrínsecas de determinados indivíduos, que por

14. ROCCO, *El Problema...*, p. 06.

regressão atávica vivificam o selvagem, foi possível a indagação das causas, do porquê determinadas pessoas praticam certos atos. Com a virada imposta pela reação social, principalmente após os estudos de Sutherland sobre os "crimes de colarinho branco", a indagação é substituída. Não mais por que crimes são cometidos, mas sim a avaliação de qual o motivo de se criminalizar determinadas condutas em detrimento de outras e de, em sendo determinadas condutas consideradas delito, a razão pela qual os aparelhos repressivos incidem com maior eficiência em determinadas pessoas e outras ficam imunizadas, é o que aqui prevalece.

Se com a reação tecnicista a criminologia (positivista) tornou-se ciência auxiliar, instrumentalizadora dos fins predeterminados pelo direito penal, com a reação social o discurso será totalmente desqualificado, não apenas pelos efeitos terroríficos que gerou, mas por estar superado teoricamente.

5. A "criminologia de si" e a "criminologia do outro"

Fracassada no âmbito acadêmico em decorrência da irreversibilidade do paradigma da reação social[15] e subjugada nas enciclopédias penais à ciência do direito penal, a criminologia positivista apresentava, em meados do século XX, sinais inevitáveis de fenecimento.

A agonia do paradigma etiológico, contudo, era visivel tão-somente no plano das aparências. Embora desqualificado na academia e na atividade laborativa cotidiana, permaneceu vivo e fornecendo os signos de interpretação do crime e da criminalidade no senso comum,[16] potencializando a violência estatal a partir do enlace ideológico com os movimentos reformistas autoritários.

O papel de atuação na fase executiva, isto é, de aplicabilidade das penas, fundamentalmente as privativas de liberdade em regime carcerário fechado, pos-

15. Sobre a irreversibilidade do paradigma da reação social, conferir BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*, pp. 112-117.

16. Sobre a permanência do paradigma etiológico no senso comum, conferir ANDRADE, *Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: Mudança e Permanência de Paradigmas Criminológicos na Ciência e no Senso Comum*, pp. 276-287.

sibilitou à criminologia positivista tornar-se a criminologia oficial das agências de segurança pública. Neste desqualificado posto (do ponto de vista acadêmico, registre-se), não obstante tenha perdido o *glamour* presente na gênese, o paradigma etiológico ganhou em funcionalidade, legitimando-se pelo discurso do Estado repressivo, pelo aprisionamento dos magistrados aos seus pareceres e pelo canal de comunicação privilegiado com os formadores de opinião (*mass media*).

Desta forma, o modelo que parecia agonizar recapacita-se, alterando estratégias e discursos para continuar atuando na maximização da resposta punitiva. Ao negar a ruptura que o direito penal e processual penal liberais realizaram em relação ao medievo (sistema inquisitivo), e retomar mecanismos de criminalização, julgamento e punição das identidades, refunda aquela matriz orientadora, pois direcionado à eliminação-controle-contenção de qualquer outro que pareça diverso: *a alteridade é crime.*

David Garland, em importante avaliação da sociedade punitiva contemporânea, sustenta que "*a criminologia oficial é, assim, cada vez mais dualista, polarizada e ambivalente.*" Constata o autor a existência de uma criminologia esquizóide, fragmentada entre a 'criminologia de si' e a 'criminologia do outro'. A 'criminologia de si' "(...) *faz do criminoso um consumidor racional, como nós* (...)", sendo invocada para "(...) *banalizar o crime, moderar os medos desproporcionais e promover a ação preventiva* (...)"; enquanto a 'criminologia do outro', "(...) *do pária ameaçador, do estrangeiro perturbador, do excluído e do desagradável*", opera na perspectiva de "(...) *diabolizar o criminoso, a estimular os medos e as hostilidades populares e a sustentar que o Estado deve punir mais* (...)."[17]

A estratégia das práticas punitivas etiológicas, historicamente direcionadoras do senso comum sobre o crime e a criminalidade (*every day theories*) para o reforço da cisão do agrupamento social em dois grupos antagônicos (os fiéis cumpridores da lei e os perversos que dela ousam zombar), é renovada no sentido de manter aquela perspectiva maniqueísta negada pela criminologia crítica – criminologia oficial na

17. GARLAND, *As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico*, p. 86.

academia –, desde sua gênese no paradigma da reação social à sua configuração em políticas criminais alternativas (abolicionismo e minimalismo).

Com a ampliação da estrutura normativa incriminadora (direito penal máximo), a sofisticação dos aparatos de controle da criminalidade e o aparecimento de novas técnicas e justificativas da punição, fundamentalmente aquelas divulgadas pelos movimentos de lei e ordem e "tolerância zero" que compartilham, do ponto de vista ideológico, os mesmos ideais do positivismo criminológico, o trabalho crítico se esvai. Encontra-se a criminologia crítica, em meio aos mecanismos de ampliação da fragmentação social e do direcionamento da punição a qualquer tipo de alteridade, em local de difícil acesso à sociedade. Assim, o entendimento de que o crime é fenômeno normal em qualquer agrupamento social e de que a violência, manifestada das mais variadas formas, constitui a humanidade do humano, enclausura-se no âmbito acadêmico, reforçando práticas sustentadas pela lógica da punição dos outros.

A 'criminologia da vida cotidiana', na conceituação de Garland, cede espaço à 'criminologia do outro'. O efeito desta agudização é a radicalização da pena nas formas mais selvagens de suplício: a neutralização, contenção ou eliminação da alteridade.

6. Interlúdio: a razão ética de Lévinas e o resgate da alteridade: a negação da razão punitiva

A compreensão da significação ética da alteridade para Lévinas, no contexto até o momento apresentado, pode representar uma forma de negação/contenção da(s) violência(s) e o reforço da "criminologia de si".

O modelo criminológico do positivismo etiológico, nas suas mais variadas formas de expressão e nos seus constantes embates na tentativa de superação e sobrevivência, é caracterizado pela negação da alteridade, pela supressão do outro, pelo não-reconhecimento da diversidade, com a criação de mecanismos policialescos para sua repressão formal(izada).

Timm de Souza, ao apresentar o pensamento levinasiano, ensina que "*o Outro é fundamentalmente um estranho, um anti-reflexo do Mesmo narcísico* (...)", em cujo aparecimento rompe com a "(...) *estrutura de Totalidade na qual meu*

intelecto costuma auto-entender-se."[18] E esta alteridade assume forma concreta na invocação de outrem através da *visage*. Assim, "*outrem não é primeiro objeto de compreensão e, depois, interlocutor. As duas relações confundem-se. Dito de outra forma, da compreensão de outrem é inseparável sua invocação.*"[19]

O encontro com o outro, que ocorre com a *visage* ('olhar'), implica ambos, pois sempre é traumático, visto ser a tendência do Um resguardar(-se em) sua finitude e totalidade. A violência se manifesta, portanto, quando o Um toma posse do outro, consumindo-o aos poucos, controlando-o em suas manifestações, contendo seus desejos e sua identidade.

Lévinas chama atenção, porém, que este ato de violência nunca pode ser absoluto. Se "*Outrem é o único ente cuja negação não pode anunciar-se senão como total: um homicídio*" e "*Outrem é o único ser que posso querer matar*", a violência deve ser contida, mensurada, pois uma única conduta agonística colocaria fim ao domínio – "*no preciso momento em que meu poder de matar se realiza, o outro se me escapou.*"[20]

A *visage* nos faz sofrer a presença da alteridade. Todavia, o sentido comum que perpassa as relações sociais e constitui os mecanismos de repressão, ou seja, esta "criminologia do outro", não concebe a recepção e o respeito por essa alteridade que me descentra, que me retira do lugar, transportando-me a outros e construindo novos lugares. A dicotomia gerada na base deste paradigma criminológico impede a relação entre o Um e o outro. Outro é alguém que deve ser apartado, contido, consumido, não olhado.

O domínio da alteridade e/ou sua transformação no Um é a única forma que se tem para dormir o suave sono da segurança – "*insubstituível que sou, tenho de, enquanto mera consciência, substituir minha estrutura endógena de auto-compreensão pela radical insegurança que se deriva do fato de que, além de mim, algo mais é consistente em si mesmo: o Outro.*"[21]

18. TIMM DE SOUZA, *Lévinas e a Razão Ética*, pp. 168/69.
19. LÉVINAS, *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*, p. 27.
20. LÉVINAS, *Entre Nós...*, p. 31.
21. TIMM DE SOUZA, *Lévinas...*, p. 190.

A "criminologia de si", na expressão garlandiana, impõe que o Um se veja como outro – no caso como igualmente 'criminoso', 'desviante' –, identificando-se com a alteridade na possibilidade de, ao entendê-la, respeitá-la em sua diversidade e, num passo adiante absolutamente fastidioso, relacionar-se. A "criminologia do outro", ao naturalizar cartesianamente o crime e percebê-lo como qualidade intrínseca de não-seres – pessoas que por regressão atávica remontam ao selvagem –, intenta o domínio/controle da natureza, objetivando a uniformidade de comportamentos 'moralmente' aceitos. Nega a diversidade porque "*o Outro é sempre um recém-chegado, ele não fala a língua do país, a linguagem da Totalidade, que baseia as induções e deduções que tecem a teia tradicional da justiça positiva*".[22]

A dificuldade da compreensão do outro pelos aparelhos repressivos passa a ser, portanto, quase que uma aporia do sistema de justiça penal. Compreende-se, assim, o motivo de Derrida colocar como o problema da justiça (penal) a incapacidade de equivalências lingüísticas: "*endereçar-se ao outro na língua do outro é, também, ao que parece, condição de toda justiça possível, mas tal parece não somente impossível, rigorosamente falando (pois eu não posso falar na língua do outro a não ser na medida em que me aproprio dela e a assimilo segundo a lei de um terceiro implícito), mas até mesmo excluído da justiça como direito, na medida em que ela parece implicar um elemento de universalidade, o recurso ao terceiro que suspende a unilateralidade e a singularidade dos idiomas...*"[23]

7. Criminologia, alteridade e limites

Dois problemas fundamentais foram tratados no trabalho. O primeiro foi relativo à questão de como a criminologia, entendendo ser inconcebível o estudo do crime na monodisciplinaridade, superou o discurso do direito, irrompeu as barreiras disciplinares e, na vanguarda do pensamento, criou condições de multidisciplinaridade.

22. TIMM DE SOUZA, *Lévinas...*, p. 182.

23. *Apud* TIMM DE SOUZA, *Derrida e a Razão Diferencial*, p. 151.

Como sanção por esta ousadia, o direito recuperou seu objeto saqueado e, recapacitando seu campo de saber, colocou a criminologia à margem, na qualidade de ciência subordinada, não reconhecendo seu saber como idôneo, lícito.

O segundo problema refere-se ao efeito que aquela opção produziu, qual seja, ao trazer o estudo para o campo multidisciplinar das ciências bio-psico-sociais, a leitura fornecida pela lente positivista naturalizou o crime e o criminoso, transformando-o em um 'não-ser', em um outro que deve ser eliminado ou contido.

Em realidade, penso que ambas as questões colocadas falam de um mesmo problema: o *não-reconhecimento da alteridade.*

7.1 Consideração primeira: os limites da Criminologia e a ausência epistemológica

A criminologia etiológica, de base organicista naturalista, através de seu projeto multidisciplinar, procurou em sua gênese fornecer um estatuto epistemológico às investigações sobre crime e criminalidade. Esta perspectiva somente foi possível em decorrência de representar uma continuidade, e não ruptura, com o projeto científico da ilustração. A crença na evolução científica empreenderia reforma de tal ordem que produziria como resultado a "felicidade dos homens", sua segurança plena com a erradicação da criminalidade.

Mas o *status* científico somente foi alcançado em decorrência de agregar-se ao discurso naturalista. Quando o objeto foi reapropriado pelo direito (penal), sua condição subalterna é imediatamente anteposta ao projeto (epistemológico) de origem. E mesmo ocorrendo a ruptura criminológica com o paradigma da reação social, com sua radical transferência ao campo da sociologia, em nenhum outro momento a criminologia apresentou um discurso com capacidade de refundação de sua identidade. Não por outro motivo o espólio da criminologia crítica transmuta-se em política criminal alternativa.[24]

24. Sobre o legado da Criminologia Crítica e a perspectivação do pensamento crítico em Políticas Criminais Alternativas, conferir LARRAURI, *La Herencia de la Criminología Crítica*, pp. 192-244.

A tentativa de recuperar a posição de destaque no campo de investigações sobre o delito, recapacitar seu discurso e, talvez, se projetar como possibilidade epistemológica, parece ocorrer nas novas propostas de criminologia clínica atreladas à psiquiatria biológica, ao discurso das neurociências e às teorias do cognitivismo. Como sugere Birman, "(...) *as subjetividades demandam ainda uma cura para o desamparo e o mal-estar. A ilusão continua lá, intacta, nos corações e mentes dos indivíduos. Por isso mesmo, a psicofarmacologia, as neurociências, e o cognitivismo vêm à cena para restabelecer a mesma crença e ilusão das subjetividades de que tudo ainda seria possível. Esses saberes, com suas tecnologias específicas, vêm ao mundo para fazer a mesma promessa e alimentar a mesma ilusão de harmonia possível* (..)."[25]

As conclusões que apresento refletem a forma de abordagem dos problemas apontados. Entendo, juntamente com Cristina Rauter, que a perspectiva transdisciplinar permite a utilização de fragmentos de teorias, de empréstimos e parentescos 'não autorizados', criando 'ferramentas' sempre provisórias e inseparáveis das práticas às quais se articulam.[26] Desta forma, me permito aproximar o discurso da criminologia ao da psicanálise, na leitura fornecida por Joel Birman.[27] Em razão de a criminologia ter, por inúmeras vezes, flertado com as ciências "psi", sobretudo da psiquiatria quando da administrativização de suas funções na execução da pena, entendo possível realizar não apenas a aproximação da análise, mas de sua ampla recepção, chamando atenção para determinadas bricolagens que se transformam em "*monstros epistemológicos.*"

As manifestações para refundação de um modelo integrado de ciências criminais, a partir da idéia de interdisciplinaridade, são absolutamente válidas.

25. BIRMAN, *Mal-Estar na Atualidade*, p. 144.

26. RAUTER, *Clínica...*, pp. 05-07.

27. Birman, ao discutir o estatuto epistemológico da psicanálise, sustenta que "(...) se até o fim dos anos 70 a psicanálise era o discurso e referência no campo dos saberes sobre o psíquico e ocupava um lugar estratégico no campo das ciências humanas, cada vez mais perde essa posição estratégica. A psicanálise perdeu não apenas a posição estratégica no campo dos saberes sobre o psíquico, mas vem sendo paulatinamente substituída pela psiquiatria biológica, pelo discurso das neurociências e pelas teorias do cognitivismo. O lugar privilegiado no campo das ciências humanas também vem sendo perdido" (BIRMAN, *Mal-Estar...*, p. 127).

Contudo, incorrerão no mesmo erro do projeto inicial se se basearem na promessa narcísica de harmonização da sociedade, eliminando o delito através da técnica. A ruptura com as práticas criminológicas neopositivistas parece, pois, essencial, juntamente com a crítica às leituras advindas de uma linha obsoleta da própria criminologia crítica ainda fundada em causalismos economicistas.

O argumento leva, inexoravelmente, ao abandono de qualquer projeto epistemológico, à assunção desta carência, deste limite, desta falta. Talvez a renúncia ao discurso privilegiado das ciências possibilite finalmente a construção de um *campo de saber* verdadeiramente interdisciplinar, tendente à transdisciplinaridade, capacitado a estabelecer filtros às tendências autoritárias sempre potencializadas quando se está a operar nas entranhas dos poderes punitivos.

7.2 Consideração segunda: Criminologia e alteridade

A presença sempre marcante da questão etiológica na criminologia, inclusive em certas linhas da criminologia crítica que opera(ra)m a partir de um determinismo economicista, induz à conclusão de que os estudos sobre o crime e a criminalidade padecem historicamente de uma perspectiva ontologizante, ou seja, de que haveria "modelos de criminosos", ou o "criminoso fundamental", do qual seriam derivados todos os demais indivíduos que violam as normas penais. A essência delitiva seria a marca, a qualidade do ser que o diferenciaria dos demais integrantes do agrupamento social. Não por outro motivo que em parte da doutrina e no senso comum existe verdadeiro fascínio em descobrir as causas (*aitiologie*) da criminalidade, em investigar o porquê determinadas pessoas cometem certas condutas (violentas).

Todavia, apesar de se saber que o delito não constitui qualidade intrínseca de determinadas pessoas em decorrência das condutas consideradas ilícitas serem arbitrariamente selecionadas a partir de jogos e coalizões dos poderes, a questão do crime/criminoso essencial permanece como constante na programação das violências legitimadas. Mesmo tendo sido desmascarada a falácia naturalista cuja máxima se estrutura na substancialização dos delitos, a técnica repressiva permanece inalterada pela manutenção do discurso criminológico oficial(izado).

O efeito deletério desta práxis é o aumento da vulnerabilidade de determinadas pessoas ou grupos sociais à incidência das violências públicas. Outrossim, para além da atuação dos mecanismos punitivos, a recepção do discurso etiológico pelo senso comum legitima a negação da alteridade, visto serem os criminosos sempre "estrangeiros".

O ensaio sobre verdade e mentira de Nietzsche aborda com clareza este processo de substancialização. O autor considera que "*todo conceito nasce por igualação do não-igual. Assim como é certo que nunca uma folha é inteiramente igual a uma outra, e certo que o conceito de folha é formado por arbitrário abandono dessas diferenças individuais, por um esquecer-se do que é distintivo, e desperta então a representação, como se na natureza além das folhas houvesse algo, uma espécie de folha primordial, segundo a qual todas as folhas fossem tecidas, desenhadas recortadas, coloridas frisadas, pintadas, mas por mãos inábeis, de tal modo que nenhum exemplar tivesse saído correto e fidedigno como cópia fiel da folha primordial.*"[28] E, ao tratar metaforicamente do tema da honestidade, fornece interessante chave de leitura ao problema da naturalização do crime, indicando caminho para a possibilidade de uma criminologia não essencial: "*denominamos um homem 'honesto'; por que ele agiu hoje tão honestamente? – perguntamos. Nossa resposta costuma ser: por causa de sua honestidade. A honestidade! Isto quer dizer, mais uma vez: a folha é a causa das folhas. O certo é que não sabemos nada de uma qualidade essencial, que se chamasse 'a honestidade', mas sabemos, isso sim, de numerosas ações individualizadas, portanto desiguais, que igualamos pelo abandono do desigual e designamos, agora, como ações honestas; por fim, formulamos a partir delas uma qualitas occulta com o nome: 'a honestidade'.*"[29]

A desconsideração do individual, de suas diferenças e das desigualdades de suas condutas, bem como dos motivos que as potencializam, sempre estiveram em prol de fórmulas universalizantes, característica do pensamento metafísico ocidental dominante até o século passado. Após o apogeu, o esgotamento e a crítica da

28. NIETZSCHE, *Sobre a Verdade e a Mentira no Sentido Extra-Moral*, p. 48.
29. NIETZSCHE, *Sobre a Verdade...*, p. 48.

metafísica por Nietzsche,[30] a temporalidade, e por conseguinte a alteridade, são variáveis que ingressam nas análises filosóficas, não podendo ser desconsideradas.[31]

Todavia, em que pese a revolução radical no campo da filosofia, a criminologia oficial, sobretudo por sua dedicação servil ao jurídico-penal, ainda se encontra adstrita à idéia de essências (delitivas), criminalizando a alteridade em decorrência de não compreender a temporalidade do outro. A "criminologia do outro", portanto, longe de reconhecer a diferença, elimina-a pela punição. Tudo porque o requisito do respeito e reconhecimento da alteridade desviante ("criminologia de si"), no terreno da justiça penal, pressupõe a (cons)ciência de que "todos somos criminosos", de que o crime é um *status* jurídico negativo imposto por uma seleção prévia e arbitrária realizada pelos poderes e de que a criminalização está intimamente vinculada à fragilidade da pessoa (e/ou do grupo) a incidências dos aparelhos repressivos do Estado.

Fundamental, pois, neste processo de encontro com a alteridade, o rompimento com a totalidade deste Um que impõe a outrem o estigma delitivo. Os tempos do Um e do outro são assimétricos, "*os tempos do Mesmo não esclarecem o tempo do Outro*", ou seja, "*o sentido do tempo do Outro consiste justamente em não pertencer ao tempo do Mesmo, em não se ordenar segundo a lógica do Mesmo.*"[32] O "*reconhecimento da co-temporalidade*", conforme ensina Rui Cunha Martins, corresponde a uma "*matriz articuladora por excelência das actuais formas de experiência, e, por conseguinte, das actuais formas de historicidade, de expectativa e de preenchimento.*"[33]

30. Para Stein, Nietzsche foi o último pensador da metafísica, a decisão em que culminou a metafísica: "na medida em que a metafísica fora sendo lentamente experimentada como a história do ser em que nada há com o ser, à medida que se tornava necessário um momento de decisão sobre toda a metafísica ocidental como o desenvolvimento da subjetividade e do niilismo, Nietzsche surgia como a suprema possibilidade da metafísica e ao mesmo tempo como seu fim" (STEIN, *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger*, p. 111).

31. Segundo Timm de Souza, o trabalho de crítica da história da filosofia de Nietzsche consiste em passar ao momento vitalmente afirmativo do pensamento, com a libertação das cadeias do ressentimento, das formas de preconceito moral, ou seja, de todos os valores e postulações metafísicos debilitadores da vida (TIMM DE SOUZA, *Nietzsche e a Festa da Totalidade*, p. 67). No entanto, entende que a meta-moralidade nietzschiana "(...) não pode se construir, na prática, senão como exercício de brutalidade totalitária" (TIMM DE SOUZA, *Nietzsche...*, p. 79).

32. TIMM DE SOUZA, *Lévinas e a Razão Ética*, p. 176.

33. CUNHA MARTINS, *Localismo Independente e Historicidade: nostalgia do limite, utopia regressiva e 'restauração' do futuro*, p. 11.

7.3 Considerações finais: O mal-estar nas Ciências Criminais

A falta de compromisso com a alteridade parece ser característica de uma cultura narcisista, fundada na estetização do Mesmo. Assim, negar o outro constitui atividade de manutenção de si, de reforço da totalidade.

Joel Birman entende que a característica da subjetividade na cultura narcísica "(...) *é a impossibilidade de poder admirar o outro em sua diferença radical, já que não consegue descentrar de si mesmo*". Desta forma, conclui o psicanalista, "(...) *o sujeito vive permanentemente em um registro espetacular, em que o que lhe interessa é o engrandecimento grotesco da própria imagem.*"[34]

À cultura narcisista é imprescindível o ocultamento da alteridade, de qualquer tipo de alteridade. Por isso, este 'sintoma' ocidental pode explicar os dois problemas apontados no trabalho, quais sejam, o processo de totalização científica, com a constante luta pelo resguardo a um núcleo determinado de pesquisadores da possibilidade de fala lícita sobre o fenômeno delinqüência, e, fruto desta autonomização, a criminalização dos "estrangeiros" que tornam insegura a convivência dos mesmos.

Assim, se a transdisciplinaridade no campo da ciência demonstraria uma possibilidade de convivência entre as várias formas de produção do conhecimento sobre o crime, a criminalidade e as violências, abrindo o campo de saber inclusive para a arte, a assunção de uma "criminologia de si" permitiria o olhar (*visage*) de diferentes formas de conduta humana.

A conclusão a que se chega, portanto, é a necessidade de uma (re)constituição do modelo de ciências criminais. Aberta à transdisciplinaridade, perpassada pela idéia humanista de respeito à diversidade, e, sobretudo, ciente dos limites e das ações possíveis, esta fenda na tradição impossibilitaria, como condição de sobrevivência e afirmação da vida, qualquer tentativa de recapacitação dos modelos integrados de ciências criminais.

34. BIRMAN, *Mal-Estar...*, p. 25.

Criminologia e transdisciplinaridade

A necessidade de práticas transdisciplinares decorre do fato de o saber monodisciplinar estar atrelado às suas origens semânticas de "(...) *norma, punição, deformação intelectual, emocional e física*", no qual o conceito de disciplina traz marcas que "(...) *contêm a idéia de ou a ação de disciplinar, isto é, sujeitar o discípulo* (...)."[35]

Violar o discurso narcisista que envolve a ciência criminológica advinda da modernidade, cujo efeito foi deflagrar a violência dos poderes penais contra a alteridade, impõe tarefa árdua de desconstrução.

Em virtude de sua submissão ao discurso da dogmática jurídica (penal e processual penal), a ruptura talvez deva iniciar-se nos mitos fundantes da própria ciência do direito. A propósito, nenhum exemplo mais claro do narcisismo dos juristas que a manutenção do dogma de ser o ordenamento jurídico um todo *completo* e *coerente*, no qual as lacunas e antinomias são aparentes e de previsível resolução.

O narcisismo em primeiro grau visível na dogmática jurídica dá vazão às (in)completudes e (in)coerências em sentido estrito. Não por outro motivo o direito penal, envolto na circularidade do conceito de bem jurídico, ainda brada sua capacidade técnica de tutelar os maiores valores da humanidade; o processo penal, perdido na confusão entre os conceitos de verdade e realidade e de verdade e substância, concebe a possibilidade de buscar uma "verdade real"; e a criminologia, absorta nas entranhas dos aparelhos de segurança pública, visualiza (e crê) em sua aptidão de erradicação da criminalidade.

O ideal do Eu presente na matriz do conhecimento ofusca a consciência dos limites e das (im)possibilidades – "(...) *a cultura moderna sucumbe à sua catástrofe quando chega ao discernimento de suas próprias fronteiras e limites, isto é, quando re-conhece, a partir dos recursos e das exigências mais avançadas da própria ciência, que a razão técnico-científica não é onipotente.*"[36] No entanto, a visualização clara das limitações, o abandono da onipotência científica e a resignação com a condi-

35. PAVIANI, *Disciplinaridade...*, p. 67.

36. GIACÓIA, *Nietzsche...*, p. 36.

ção humana de humanos são as condições de possibilidade para elaboração de ferramentas e saberes (práxis) que permitam ações possíveis.

8. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera. "Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: Mudança e Permanência de Paradigmas Criminológicos na Ciência e no Senso Comum", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (14). São Paulo: RT, 1996.

BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.* Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997.

BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

CARTA DA TRANSDISCIPLINARIDADE. *Revista de Estudos Criminais* (03). Sapucaia do Sul, 2001.

CUNHA MARTINS, Rui. "Localismo Independente e Historicidade: nostalgia do limite, utopia regressiva e 'restauração' do futuro". in *Municipalismo em Debate.* Canas de Senhorim, março de 2002 (mimeo).

DECLARAÇÃO DE VENEZA, "A Ciência Diante das Fronteiras do Conhecimento". in *Revista de Estudos Criminais* (07). Sapucaia do Sul, 2002.

DESCARTES, René. *O Discurso do Método.* São Paulo: Nova Cultural, s/d.

FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura.* Porto Alegre: Lenz Editor, 2001.

GARLAND, David. "As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico". *Discursos Sediciosos* (11). Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.

GAUER, Ruth. "Interdisciplinaridade e Ciências Criminais" in FAYET Jr., Ney. *Ensaios Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa.* POA: Lenz, 2003.

GIACÓIA Jr., Oswaldo. *Nietzsche.* São Paulo: Publifolha, 2000.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 1997.

MARTON, Scarlet. *Nietzsche: uma filosofia a marteladas*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. "Sobre a Verdade e a Mentira no Sentido Extra-Moral". in *Obras Incompletas*. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

PAVIANI, Jaime. "Disciplinaridade e Interdisciplinaridade". *Revista de Estudos Criminais* (12). Sapucaia do Sul, 2002.

RAUTER, Cristina. *Clínica do Esquecimento: construção de uma superfície*. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Psicologia Clínica da Pontifícia Universidade de São Paulo para obtenção do título de doutor. São Paulo, 2002.

OCCO, Arturo. *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 1982.

STEIN, Ernildo. *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

TIMM DE SOUZA, Ricardo. "Derrida e a Razão Diferencial; Lévinas e a Razão Ética". in *Razões Plurais: itinerários de Racionalidade Ética no Século XX*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. "Nietzsche e a Festa da Totalidade". In *Totalidade e Desagregação: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

O acesso à justiça: para além do instituído[1]

Eneida Gonçalves de Macedo Haddad
Mestre em Antropologia Social e doutora em Sociologia pela USP.
Professora universitária e coordenadora-adjunta do Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM.

Sumário: 1. Introdução – 2. Desigualdade jurídica – 3. Medo, conflito e criminalidade – 4. Centros de integração da cidadania/CIC – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

Resumo: Este estudo teve como objetivo a participação no debate científico acerca dos caminhos que possam conduzir a mudanças nas relações dos cidadãos com os órgãos públicos, transformações das próprias instituições, a fim de aproximá-las física e simbolicamente da população atendida. Em outras palavras, a partir da identificação de obstáculos que impedem o acesso à justiça, buscou refletir sobre as possibilidades de superação das atuais representações de justiça, representações restritivas que legitimam uma história excludente.

Realizado o levantamento bibliográfico sobre o tema em questão, alguns resultados de pesquisas empíricas foram eleitos como objeto de análise, na medida em que atendiam aos objetivos delineados.

Palavras-chave: Acesso à justiça – Estado – Criminalidade – Desigualdade social – Medo – Desigualdade jurídica – Conflito – Políticas públicas – Movimentos sociais.

1. Este artigo é produto de atividades de pesquisa desenvolvidas pela autora junto ao Departamento de Ciências Jurídicas do Curso de Direito do Centro Universitário Nove de Julho/UNINOVE.

1. Introdução

Não constitui tarefa simples a conceituação da expressão "acesso à justiça". Conforme Cappelletti e Garth, "o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos."[2] Segundo os autores, a expressão aponta duas finalidades básicas do sistema jurídico: a obrigatoriedade de ser igualmente acessível a todos e a de produzir resultados individual e socialmente justos.

De fato, a atividade jurisdicional ocupa um lugar privilegiado na garantia do Estado Democrático de Direito. Entretanto, há que se questionar em que medida o monopólio da jurisdição pelo Estado vem garantindo a segurança jurídica. Conforme Rodriguez, os cidadãos podem contar com os tribunais na defesa de seus direitos, do que decorre a importância da atividade do juiz na preservação da paz social. "Sua atividade, por mais criativa e inovadora que possa ser, deve se enquadrar nos limites ditados pelo direito positivo e pelas estruturas de organização do poder do Estado."[3]

Contrariamente, os estudos que serão apresentados a seguir apontam que, a despeito das normas constitucionais, o acesso à justiça é precário e a arbitrariedade não foi eliminada das práticas de justiça, na sociedade brasileira.

2. Desigualdade jurídica

No Brasil – semelhantemente a sociedades modernas, cuja consolidação do capitalismo, além de hiper-tardia, ocorreu por via colonial, onde não se veri-

2. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

3. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Hermenêutica Plural*: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos.. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 282.

ficou ou não se consolidou o estado do bem-estar social – o princípio da igualdade jurídica tem permanecido letra morta. A distribuição da justiça alcança alguns cidadãos em detrimento de outros; o acesso aos serviços judiciais é dificultado por diferentes motivos (ausência de infra-estrutura do Judiciário para atender a ampliação das demandas; despesas e taxas cartoriais, ausência de informação dos direitos, prestação jurisdicional morosa, ineficiente e cara, custo elevado do processo e, principalmente, precária assistência judiciária[4]); a discriminação social nas decisões judiciárias é uma realidade; os amparos legais e constitucionais nem sempre são aplicados. Por conseguinte, não é de se estranhar o sentimento de descrença da população a respeito do Judiciário.[5]

O debate acadêmico vem apontando o papel que o Poder Judiciário deverá assumir na instauração da democracia social no Brasil, tornando-se acessível a todos, abolindo os rituais de distanciamento que o separam da população, dispensando o mesmo tratamento a todos os cidadãos.

No artigo "Crime, justiça penal e desigualdade jurídica. As mortes que se contam no tribunal do júri",[6] Adorno problematiza um axioma fundamental da modernidade, fruto da arquitetura liberal do Estado moderno, qual seja, o que estabelece "uma correlação inexorável e necessária entre justiça social e igualdade jurídica":[7] todos os cidadãos devem estar submetidos às mesmas leis e gozar dos mesmos direitos constitucionalmente assegurados.

4. O Estado de São Paulo, o maior arrecadador da União, até hoje não criou a Defensoria Pública, passadas quase duas décadas da promulgação do texto constitucional. A assistência Judiciária é prestada de forma irregular pela Procuradoria Geral do Estado que conta, no presente, para a demanda de todo o Estado, com 300 procuradores lotados na Procuradoria de Assistência Judiciária/PAJ.

5. A esse respeito, dentre outros, FARIA, José Eduardo. A crise do Poder Judiciário no Brasil. In: *Justiça e Democracia*. Revista Semestral de Informação e Debate. Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia. São Paulo: RT. 1º semestre de 1996, p. 19-64.

6. ADORNO, Sérgio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica. As mortes que se contam no tribunal do júri. In: *Revista USP*. (21): 132-51. São Paulo: mar./abr/maio 1994.

7. Idem, ibidem, p. 134.

As conclusões do autor estão fundamentadas em pesquisa empírica que privilegiou a comparação entre o perfil social dos condenados e dos absolvidos:[8] foram analisados 297 processos penais, instaurados e julgados em um tribunal de júri da cidade de São Paulo, no período de janeiro de 1984 a junho de 1988. Os dados levantados referem-se ao perfil da vítima e dos agressores, do corpo de jurados e das testemunhas e à dinâmica dos acontecimentos, da instauração do inquérito até a proclamação de sentença decisória, em primeira instância. Conforme o autor, "as conclusões sugerem arbitrariedade na distribuição das sentenças, identificam grupos preferencialmente discriminados e apontam algumas evidências de desigualdade no acesso à justiça."[9] A universalidade do tratamento legal permanece apologia do discurso jurídico-político liberal, não tendo se consolidado sequer nas democracias européias e norte americanas.

"O funcionamento normativo do aparelho penal tem, por efeito, a objetivação das diferenças e das desigualdades, a manutenção das assimetrias, a preservação das distâncias. Assim, não há porque falar na existência de contradição ou conflito entre justiça social e desigualdade jurídica; a desigualdade jurídica é o efeito de práticas judiciárias destinadas a separar, dividir, revelar diferenças, ordenar partilhas. É sob esta rubrica que subjaz a 'vontade de saber' que percorre todo o processo penal e cujo resultado é promover a aplicação desigual das leis penais."[10]

Pesquisas mais recentes apontam na mesma direção. Merecem destaque dois artigos, recentemente publicados – "Mulheres negras: as mais punidas nos crimes de roubo"[11] e "Mais punição para os punidos: as decisões judiciais da Vara

8. Pesquisa realizada no Centro de Estudos de Cultura Contemporânea – CEDEC, com apoio da Fundação Ford. Participaram da investigação as pesquisadoras Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer, Maria Ângela Pinheiro Machado e Anamaria Cristina Schindler (Nota do autor, p. 134).

9. ADORNO, Sérgio. Op. Cit., p.136.

10. Idem, ibidem, p. 149.

11. TEIXEIRA, Alessandra, LIMA Renato Sérgio e SINHORETTO, Jaqueline. Mulheres negras: as mais punidas nos crimes de roubo. In: *BOLETIM IBCCRIM* – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. (125): Encarte. São Paulo: abr. 2003.

de Execuções Criminais da Capital do Estado de São Paulo"[12] – referentes a resultados de investigação realizada pela Fundação Seade, financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo/FAPESP.

Nos crimes de roubo, aponta o primeiro artigo, réus negros, especialmente mulheres, são mais punidos pelo sistema de justiça criminal de São Paulo.

O estudo reconstruiu a trajetória dos indivíduos desde o indiciamento até a execução penal, no período de 1991 a 1998. Trabalhou com o total de registros criminais dos Bancos de Dados que formam o Sistema de Informações Criminais do Estado de São Paulo, gerenciado pelo PRODESP.[13]

Os resultados confirmam o que vem sendo apontado por outros estudos sobre os processos de discriminação social, de gênero e, sobretudo, racial a que estão submetidos indivíduos envolvidos no sistema de justiça criminal.[14]

O segundo artigo corresponde a uma importante contribuição ao conhecimento da insuficientemente estudada esfera jurisdicional da execução penal.

Trata-se de uma pesquisa de caráter quantitativo, cujo universo de investigação foi constituído por 7.960 processos de execução dos condenados em cumprimento de pena, nos estabelecimentos prisionais, sob competência da Vara de Execuções Criminais da Capital do Estado de São Paulo, em junho de 2002. A

12. TEIXEIRA, Alessandra e BORDINI, Eliana Blumer Trindade. Mais punição para os punidos: as decisões judiciais da Vara das Execuções Criminais da Capital do Estado de São Paulo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 11, (44): 267-77. São Paulo: RT, jul./set. 2003.

13. Assim, a pesquisa tem o mérito de ter se baseado na totalidade dos registros, considerando que o PRODESP (Processamento de Dados do Estado de São Paulo) é alimentado simultaneamente pela Secretaria de Segurança Pública, o Tribunal de Justiça e a Secretaria de Administração Penitenciária.

14. Segundo os autores, "os dados apresentados reforçam a certeza de que a mudança tem que ser muito mais profunda do que uma simples resposta à opinião pública. No atual momento histórico do país, o governo federal acena ser possível sonhar com uma reforma do sistema de justiça para além de uma mera reforma do Poder Judiciário, em que interesses corporativos têm sido os únicos reivindicados e a dar a tônica monológica à discussão. A fim de ampliar e legitimar esse debate, a sociedade civil organizada, os movimentos sociais, enfim, todos os cidadãos portadores do direito de acesso à justiça, devem participar deste processo." TEIXEIRA, LIMA e SINHORETTO. Op. Cit, p. 4.

partir de amostra aleatória dos presos, foram trabalhados 339 processos; os parâmetros definidos corresponderam aos pedidos formulados e pedidos concedidos: a proporção de condenados que tiveram progressão da pena, a proporção de condenados que obtiveram a concessão de livramento condicional e a proporção de presos que solicitaram cada um dos benefícios.

O objetivo fundamental – conhecer o funcionamento do sistema de execução penal, no que se refere às decisões judiciais – partiu da necessidade de se verificar em que medida têm fundamento empírico determinadas representações do senso comum sobre a atuação do sistema de execução. É amplamente difundido na sociedade brasileira que as altas taxas de criminalidade e a ineficácia da pena de prisão decorrem de serem os presos beneficiados por concessões legais que antecipam a sua liberdade, acabando, assim, por cumprir, em regime fechado, apenas uma pequena parte de sua pena. Neste cenário, projetos de lei têm proposto o endurecimento penal e a proibição de benefícios prisionais ou aumento do prazo para sua concessão.

Por conseguinte, esse estudo acabou por questionar a realização dos ideais e princípios constitucionais e legais previstos para a matéria, como a individualização da pena e a sua progressividade,[15] demonstrando em suas conclusões que, contrariamente ao que vem sendo sobejamente alardeado,

15. "A Lei de Execuções Penais – LEP (Lei 7.210/84), de edição relativamente recente, regulamentou de forma sistemática o modelo jurisdicionalizado de execução penal em nosso país. Afinada constitucionalmente com princípios como a ressocialização e a individualização da pena, trouxe ainda o corolário da progressividade do sistema – também adotado pela Constituição da República de 1988 – através do qual o condenado cumpriria sua pena em fases progressivas e sucessivas de acordo com o tempo e o mérito, de modo a alcançar a liberdade uma vez transcorridas as etapas de cumprimento: regime fechado, semi-aberto, aberto e livramento condicional." A LEP normatizou ainda a chamada jurisdicionalização na execução criminal, um sistema pelo qual cabe ao juiz das execuções, sobrepondo-se à administração prisional, presidir e fiscalizar o cumprimento da pena. Essa tendência, adotada por países como Alemanha e Portugal, teria finalidade de tornar a execução mais transparente e mais democrática, sujeitando todos os procedimentos ao contraditório e à ampla defesa, âmbito jurisdicional.

Todo o cumprimento da pena, assim compreendendo nele também aquilo que denominamos intercorrências, desde fugas, faltas disciplinares, até pedidos de benefícios e autorizações de saída temporária, insere-se na ordem jurídica processual, subordinando-se a procedimentos legais determinados. As decisões, por serem judiciais e não administrativas, se sujeitam a princípios como

"[...] o Judiciário apresenta um comportamento refratário aos dispositivos da Lei de Execuções Penais, notadamente no que toca aos chamados benefícios nela previstos. Pode-se dizer que, para além dos ditames legais e constitucionais, o Judiciário tem politizado suas decisões, assumindo, por certo, um discurso altamente repressivo ao extrapolar estas prescrições legais."[16]

A conclusão supra fundamenta-se no fato de a pesquisa ter constatado que o sistema de justiça atua como "aplicador de um *plus* punitivo", contemplando um pequeno número de presos com os benefícios previstos na LEP.[17]

3. Medo, conflito e criminalidade

O aumento de projetos de leis propondo o endurecimento legal e as medidas punitivas adotadas pelo Judiciário não têm contribuído para a diminuição da criminalidade. Contrariamente, conforme a pesquisa retro-mencionada,[18] a alta taxa de reincidência criminal denuncia os efeitos criminógenos do sistema carcerário brasileiro.[19]

o acesso à justiça, o duplo grau de jurisdição, isonomia entre as partes e a necessidade de fundamentação da sentença, além dos já mencionados contraditório e ampla defesa.

Descrito desse modo, é possível compreender que, não obstante a execução da pena ocorrer de modo híbrido – a participação do Poder Executivo se dá pela atuação direta da administração penitenciária, que tem sua competência definida por lei, especialmente ao que se refere à política prisional – é no âmbito jurisdicional que as questões relativas à finalidade da pena e em especial ao apenado se realizam. Para compreender o funcionamento desta realidade, portanto, foi necessário trabalhar quantitativamente junto a este universo: os processos de execução penal em curso na Vara de Execuções Criminais." (TEIXEIRA, Alessandra e BORDINI, Eliana Blumer Trindade. Op. Cit, p. 269).

16. "Neste sentido, cabe citar a recente pesquisa realizada junto aos juízes federais e estaduais, pela Associação dos Magistrados do Brasil, divulgada em 2003. Os dados revelaram que metade dos consultados acredita que as penas arbitradas deveriam ser mais elevadas e 45% acreditam que as leis é que deveriam prever punições mais severas. O curioso é que, como medida de diminuição da violência, sugeriram, entre outros, o cumprimento efetivo da legislação existente" Idem, ibidem, p. 276.

17. "Os laudos criminológicos aparecem, neste cenário, como instrumentos aproveitáveis pelos juízes na medida que impliquem em negação dos benefícios; mais uma vez percebe-se a utilização política, pelo Judiciário, das disposições jurídicas do universo criminal e carcerário." Idem, ibidem, p. 276.

18. Idem, ibidem.

19. Tribuna do advogado.

Associado ao aumento da violência criminal, o medo tem sido crescentemente politizado na história recente do país, interferindo nas relações de sociabilidade e nas políticas públicas de segurança.

Estudo recentemente publicado sobre a cultura do medo aponta a utilização político-ideológica do medo pela imprensa especializada em crime, por candidatos durante as campanhas eleitorais, pela elite no poder e pelas empresas de segurança como responsável pela crescente pressão da consciência coletiva para o endurecimento das leis como meio de controle da criminalidade.[20]

Conforme Pastana, o cenário do medo e da insegurança foi construído a partir de 1985, no período da denominada transição democrática, isto é, na passagem da ditadura militar implantada no Brasil em 1964 para a redemocratização que, fiel à tradição da história brasileira, preservou as relações de dominação da elite dirigente.[21] O medo passou a ser estrategicamente utilizado pela elite no poder, levando a população a aceitar um controle mais repressivo: o medo em relação ao Estado opressor foi substituído pelo medo em relação ao bandido. A percepção do crime pela opinião pública está interligada aos crimes comuns, ou seja, aos praticados pelas classes populares, tomadas como as classes perigosas, as maiores vítimas de atos intensamente repressivos e ilegais praticados pela polícia. Os cri-

20. PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo*. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania. São Paulo: Método, 2003 (VII Concurso IBCCRIM de Monografias Jurídicas).

21. Importante contribuição sobre o conceito de transição democrática é apresentada por Bruni. Segundo o autor, esse conceito apresenta-se problemático. "A transição é uma representação do tempo representada por duas forças: uma velha (o autoritarismo) em declínio, outra nova (a democracia) em ascensão. A transição é o período de tempo em que a primeira continua ou deverá continuar a se enfraquecer, ao mesmo tempo em que a segunda continua ou deverá continuar a se fortalecer. [...] Nestes termos, a transição priva o presente da democracia, pois o presente, na transição, é sempre evanescente, desde que a idéia mesma de transição implique em conceber o tempo como passagem permanente do passado para o futuro, únicos termos verdadeiramente constitutivos do real. [...]. Ao amarrar o passado e o futuro desconsiderando o presente, ao sugerir um compromisso entre forças antagônicas, ao misturar tudo isso numa representação essencialmente confusa, que se quer passar por evidente, a idéia de transição democrática impede que se pense afirmativamente o ser da democracia." BRUNI, José Carlos. Há uma crise nas Ciências Sociais. In: MARQUES NETO, José Castilho e LAHUERTA, Milton. (org.). *O pensamento em crise e as artimanhas do poder*. São Paulo: UNESP, 1988 p. 33-4.

mes das elites – a corrupção, os golpes financeiros, a evasão fiscal, dentre outros – não são percebidos como ameaças evidentes.[22]

A violência piorou nas últimas décadas,[23] parte em virtude do alargamento da exclusão social com o sucesso do modelo neoliberal.[24] Contudo, como mencionado, é também conseqüência de uma prática tradicionalmente empregada pela elite, não erradicada com o retorno do constitucionalismo democrático. A violência oficial contra os militantes políticos cometida pela ditadura militar foi substituída pela criminalização dos movimentos sociais e a arbitrariedade policial contra os mais indefesos e vulneráveis: o pobre, o trabalhador rural e sindicalistas, crianças e adolescentes abandonados, minorias raciais, historicamente discriminadas. Os assassinatos extrajudiciais aumentam, tendo o apoio das elites e dos pobres, as maiores vítimas, os mais fragilizados.[25]

22. PASTANA, Débora Regina, Op. Cit, p.130.

23. Conforme IBGE, a taxa de homicídios no Brasil aumentou 130% de 1980 a 2000. *Folha de S. Paulo*, 14.04.2004.

24. De acordo com Boaventura de Sousa Santos, o predomínio estrutural da exclusão sobre a inclusão caracteriza a crise da contratualização moderna, marcada pelo pós e pelo pré-contratualismo. "No primeiro, grupos e interesses até agora incluídos no contrato social (como trabalhadores com contrato por tempo indeterminado) são deles excluídos sem perspectiva de regresso. Os direitos de cidadania, antes considerados inalienáveis, são confiscados e, sem estes, os excluídos passam da condição de cidadãos à de servos. O pré-contratualismo consiste no bloqueio do acesso à cidadania para grupos sociais (por exemplo, jovens em busca do primeiro emprego) que anteriormente tinham a expectativa fundada de a ela aceder. As exclusões produzidas são radicais e inelutáveis, a tal ponto que os que as sofrem, apesar de formalmente cidadãos, são de fato excluídos da sociedade civil e lançados em Estado de natureza. (...) O Estado de natureza é desestabilização total das expectativas das classes populares, ansiedade permanente da grande maioria em relação a presente e futuro, caos permanente nos atos mais simples de sobrevivência e convivência" (SANTOS, 1998).

25. Merece registro a seguinte observação: "Mesmo que o Estado não esteja mais envolvido na coerção contra os dissidentes políticos, como o fez durante a ditadura, ele é responsável por impedir as práticas repressivas ilegais que sobreviveram às transições democráticas. Para que houvesse esse impedimento, o Estado precisaria erradicar a impunidade dos crimes oficiais da mesma forma que o faz com crimes cometidos pelos indivíduos. No Brasil e em muitas democracias recentes da América Latina, o Estado mostrou-se incapaz – ou mesmo sem vontade – de punir as práticas criminosas dos agentes do Estado. O problema é que instalar um governo civil eleito democraticamente não necessariamente significa que as instituições do Estado irão operar democraticamente. (...) Essa continuidade sugere que os regimes autoritários do passado e os novos governos

Boaventura de Sousa Santos identifica a manipulação discricionária da insegurança de pessoas e grupos sociais mais fragilizados da sociedade como uma das manifestações da sociabilidade fascista – o fascismo da insegurança – que, juntamente com o fascismo do '*apartheid*'[26] social e o fascismo paraestatal,[27] constitui uma situação de extremos riscos resumidos no que denomina a emergência do fascismo social ou civilizacional.[28]

Confinados a um crescente isolamento, desprovidos de redes sociais que lhes garantam a prática da solidariedade, as classes sociais marcadas por extre-

civis democraticamente eleitos são expressões diferenciadas de um mesmo sistema de dominação da mesma elite. A democratização política não ataca as raízes das formas sociais de autoritarismo, ou 'autoritarismo socialmente implantado'. As práticas autoritárias profundamente enraizadas nas novas democracias permeiam tanto a política como a sociedade. As práticas autoritárias persistem ao nível da macropolítica, por exemplo, em instituições do Estado como a polícia. Ficou provado que é mais difícil instituir práticas democráticas nas instituições encarregadas de controlar a violência do que foram as mobilizações contra o regime autoritário. Esse autoritarismo socialmente implantado persiste também naquilo que podemos chamar de 'microdespotismo' da vida diária, que se manifesta na forma de racismo, sexismo, elitismo e outras hierarquias socialmente entrincheiradas. Uma dramática desigualdade entre ricos e pobres, um *gap* profundo e histórico que não diminuiu mas, pelo contrário, aumentou as dificuldades das novas democracias." PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistema policiais em países de novas democracias. In: *Tempo Social.* Revista de Sociologia da USP. vol. 9. (1): 47. São Paulo: Departamento de Sociologia, FFCLH, maio 1997.

26. "Trata-se da segregação social dos excluídos, por meio de uma cartografia urbana dividida em zonas selvagens e civilizadas. As selvagens são as zonas do estado de natureza *hobbesiano*. As civilizadas são as zonas do contrato social; vivem sob a constante ameaça das selvagens. Para se defender, tomam-se castelos neofeudais, enclaves fortificados que caracterizam as novas formas de segregação urbana. Nas zonas civilizadas, o Estado age democraticamente, como protetor, ainda que muitas vezes ineficaz ou não confiável. Nas selvagens, age fascistamente, como Estado predador, sem nenhuma veleidade de observância, mesmo aparente, do Direito." SANTOS, Boaventura de Sousa. Os fascismos sociais. In: *Folha de S. Paulo.* Tendências e Debates. 06 de set. 1998, p. 3).

27. Corresponde "à usurpação de prerrogativas estatais (de coerção e de regulação social) por atores sociais muito poderosos, que escapando a todo controle democrático, neutralizam ou suplementam o controle social produzido pelo Estado. Ele tem duas vertentes principais: o fascismo contratual e o territorial" (idem, ibidem: p.3).

28. "Não se trata do regresso aos fascismos dos anos 30 e 40. Ao contrário deste, não é um regime político, mas social e civilizacional. Em vez de sacrificar a democracia às exigências do capitalismo, promove-a até não ser necessário nem conveniente sacrificá-la para promover o capitalismo. Trata-se de um fascismo pluralista, forma que nunca existiu." Idem, ibidem.

ma desigualdade social e jurídica recorrem a diferentes mecanismos para se protegerem contra a violência e criminalidade, não raras vezes, procurando fazer justiça com as próprias mãos.[29]

Outra contribuição, decisiva para uma maior aproximação com alguns processos sociais responsáveis pela dificuldade de acesso à justiça por imensos contingentes da população brasileira, é a análise sociológica de Renato Lima sobre os homicídios cometidos em 1995 no Município de São Paulo, baseada em levantamento de dados nos registros de ocorrências e inquéritos da Polícia Civil do Estado de São Paulo.[30]

O objetivo da investigação foi compreender como e por que um percentual crescente de conflitos interpessoais existentes na sociedade brasileira acabam em mortes. Objetivou verificar, também, em que proporção este fenômeno está ligado à entrada do tráfico de drogas no cotidiano urbano do país.

A pesquisa apontou o homicídio como um dos múltiplos elementos dentro de um contexto marcado por carências estruturais e ilegalismos, sendo que as características do homicídio de autoria conhecida diferem daquelas do homicídio de autoria desconhecida.

Dentre as importantes conclusões apontadas pela pesquisa, destacam-se:

• o medo do despejo ou de chamar a atenção para suas condições de ilegalidade na ocupação da terra explica a razão pela qual a justiça pública não é procurada pelos moradores;

29. Sinhoretto aponta o linchamento como manifestação de protesto social contra o crime e o criminoso e, também, contra o sistema de justiça que não cumpre o seu papel. Segundo a autora, "existe um imenso descontentamento da parte da população estudada com relação ao funcionamento das instituições de justiça e segurança. E esse descontentamento eclode em revolta nas ocorrências de crimes considerados gravíssimos.(...) Os linchadores, como aplicadores de uma justiça na qual são parte do conflito, não estão imbuídos de neutralidade decisória, por isso é tão importante a prova da culpabilidade da vítima. Por isso também a culpabilidade da vítima legitima a justiça popular. Como forma de justiça popular, o linchamento naturalmente se apresenta como concorrente da Justiça Pública na canalização dos conflitos" (SINHORETTO, Jaqueline. *Os justiceiros e sua justiça. Linchamentos, costume e conflito.* São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 192).

30. LIMA, Renato Sérgio de. Conflitos sociais e criminalidade urbana – uma análise dos homicídios cometidos no Município de São Paulo. São Paulo: Sicureza, 2002.

• a maioria dos crimes violentos ocorre na periferia, geralmente nos locais mais pobres e com os piores indicadores sociais;

• a paisagem urbana do município de São Paulo exacerba o medo, a insegurança e a ruptura dos laços de sociabilidade. Frente à sensação de abandono público, os indivíduos acabam buscando soluções privadas de resolução de conflitos;

• 92% dos homicídios de autoria conhecida e 56% dos de autoria desconhecida estão relacionados a conflitos interpessoais, o que demonstra a perda de intensidade do valor da vida como um dos elos de sociabilidade;

• os homicídios de autoria conhecida ligados diretamente ao tráfico de drogas, com vítimas de 0 a 25 anos de idade, representam 3,6% do total;

• no caso de homicídios de autoria desconhecida, o tráfico de drogas foi responsável por 27,9% das vítimas com idade entre 12 a 25 anos;

• nos homicídios de autoria conhecida, o percentual maior é de vitimas do sexo feminino. 39% dos homicídios de mulheres foram cometidos no âmbito das relações familiares;

• nos homicídios de autoria desconhecida, os homens figuram em grande maioria, tanto como suspeitos quanto como vítimas;

• nos homicídios de autoria conhecida, os negros têm um potencial de vitimização 44,3% superior à sua participação na composição racial da população paulistana;

• nos homicídios de autoria desconhecida, o potencial de vitimização de negros é 66,7% superior à sua participação na composição racial da população paulistana;

• tanto as vítimas quanto os agressores dos homicídios de autorias conhecida e desconhecida, estão concentrados na faixa etária de 19 e 25 anos;

• tanto as vítimas quanto os agressores dos homicídios de autoria conhecida são, majoritariamente, paulistas. Em segundo lugar, figuram os nordestinos.

• os homicídios de autoria conhecida são predominantemente cometidos por uma única pessoa (63,8%), confirmando a tese que associa este tipo de crime com pessoas próximas e com violência doméstica;

• nos homicídios de autoria desconhecida, 15,1% dos crimes envolveram mais de uma pessoa;

• a arma de fogo é o principal meio empregado para a realização dos homicídios de autoria conhecida (58,6%) e dos homicídios de autoria desconhecida (91,1%).

• muitos conflitos sociais acabam sendo reduzidos a conflitos individuais e, não havendo para eles meios eficientes de mediação e resolução de conflitos, o homicídio passa a ser presente no cotidiano das populações urbanas do país.

A partir do exposto, considerando a crise do sistema judiciário e as formas violentas de resolução de conflitos na sociedade brasileira (violência policial, acerto de contas, linchamentos, torturas etc), indaga-se sobre a possibilidade de o sistema de justiça vir a assumir o papel de mediador nos conflitos. A criação de mecanismos que facilitem o acesso à justiça deve ser acompanhada da transformação do *modus operandi* dos tribunais, ausentes da vida cotidiana da população.[31]

Só muito recentemente o Ministério da Justiça tem buscado a colaboração de técnicos, tendo em vista tanto a necessidade de implementar políticas públicas de prevenção da criminalidade, embasadas em diagnósticos sobre a realidade social, quanto a de organizar bancos de dados fundados em outra sistemática – que não no levantamento dos crimes cometidos.

No âmbito dessa iniciativa pelo Ministério da Justiça, foi realizada, em 2003, uma sondagem de opinião a respeito do funcionamento das instituições judiciais, policiais e penitenciárias, com os moradores de dois distritos da cidade de São Paulo: Itaim Paulista e Jardim São Luiz, situados, respectivamente, na zonas Leste e Sul.[32]

31. Cf. LIMA, Renato Sérgio. Acesso à justiça e reinvenção do espaço público: saídas possíveis de pacificação social. In: *São Paulo em Perspectiva*. vol. 11 (3): 86-91. São Paulo: Seade, set. 1997.

32. Ministério da Justiça/ Secretaria Nacional de Segurança Pública. Base Nacional de Estatísticas Criminais. *A funcionalidade dos dados para a compreensão dos conflitos violentos*. Consultora técnica: Haddad, Eneida Gonçalves de Macedo. Pesquisadoras: Teixeira, Alessandra e Sinhoretto, Jacqueline. 2003.

O acesso à justiça: para além do instituído

Os dados colhidos por meio da técnica de entrevistas em profundidade permitiram conhecer as demandas mais freqüentes por justiça, as concepções sobre as leis, o direito, a atuação dos sistemas carcerário e judiciário, externadas pelos moradores dos distritos escolhidos, especialmente as demandas relativas a conflitos com potencial de violência, tendo-se a preocupação de identificar a natureza da intervenção estatal nesses conflitos.

O cotidiano da sociedade brasileira é marcado por conflitos interpessoais (de gênero, domésticos, entre vizinhos, envolvendo disputas sobre pequenos negócios, herança e patrimônio, direitos de natureza trabalhista, litígio entre usuários de álcool e drogas) que podem culminar em ocorrências violentas, conforme já mencionado. O estudo amparou-se na hipótese de que mapear a ocorrência dos conflitos, refletindo sobre os meios de realização de intervenções qualificadas e não fragmentadas, poderá contribuir para a redução da violência.

Os dados obtidos na sondagem foram cotejados com aqueles disponíveis na base nacional de estatísticas criminais, a fim de propor aperfeiçoamentos na metodologia de coleta e na construção de indicadores que subsidiem o projeto de integração nacional de informações de justiça e segurança pública, identificando lacunas e imprecisões na representação da realidade dos conflitos criminais por intermédio dos dados estatísticos.

Produtos de levantamento empírico a partir dos boletins de ocorrência policial, as estatísticas criminais oficiais limitam-se a informar os crimes relatados, subsidiando o aparato penal. Carecendo de dados reveladores sobre a população-alvo, ignorando a realidade dos conflitos e dos delitos, a base nacional de estatísticas criminais não está habilitada a orientar políticas sociais voltadas para a prevenção da violência.

Os resultados do levantamento empírico realizado nos distritos de São Luiz e de Itaim Paulista apontam a magnitude da demanda por justiça e segurança, reclamando a intervenção do poder público tanto na regulação dos conflitos quanto na sua prevenção.

Do total de entrevistados nos dois distritos, 44% afirmaram o envolvimento em pelo menos um dos conflitos com potencial de violência daqueles investigados pela sondagem. Deste percentual (44%), um terço, aproximadamente, respondeu ter procurado recursos não-oficiais para a resolução do conflito, o que, além de sugerir a possibilidade de solução do conflito por conta própria (com o perigo de apelo à violência), revela a pouca legitimidade dos canais oficiais de resolução.

Outros resultados também são de suma relevância para a idealização e implementação de políticas públicas, especialmente as de intervenção nos conflitos com potencial de violência. Senão, observe-se:

• tanto homens como mulheres vivenciam a experiência do conflito, embora ocorra uma predominância para o sexo masculino. Observe-se ainda que, proporcionalmente, os homens tendem mais a não pedir ajuda na resolução de conflitos, o que ratifica outras estatísticas a respeito da exposição masculina aos enfrentamentos violentos;

• os mais jovens são os que menos buscam recursos para a resolução dos conflitos;

• os idosos, embora relatem menor vivência de conflitos, também pedem menos ajuda nas situações conflituosas;

• quanto maior a escolaridade maior é o relato de envolvimento em conflitos e menor a tendência em pedir auxílio para resolvê-los;

• os que mais buscam ajuda externa na resolução de conflitos são os que foram criados parte na cidade, parte no campo;

• os negros são os que menos buscam recursos para a solução dos conflitos, mesmo sendo os que mais relatam ter essa vivência;

• em relação à ocupação, os que menos pedem ajuda externa para resolver conflitos são aposentados e donas de casa e os que mais utilizam recursos de resolução são os desempregados e os empregados do mercado formal, respectivamente.

Descrença na justiça e no funcionamento do sistema judiciário, consciência das dificuldades de acesso à justiça, barreiras de ordem econômica foram as

principais justificativas apontadas pelos informantes para a não abertura de processo na justiça a fim de resolução do conflito. Acrescente-se ainda que muitas respostas indicam a resolução por meios informais.

Conhecer o grau de confiança que a população tem nas instituições é também importante para o sistema de informação nacional. A família aparece como a instituição mais confiável, sendo seguida por professores, médicos e igreja. As profissões e instituições do sistema de justiça estão abaixo de todas as outras opções oferecidas.

Quanto à atuação da justiça, somente 19% dos entrevistados a consideram boa ou muito boa. Os que pior avaliam o desempenho do sistema de justiça são as mulheres, os mais escolarizados e os brancos.

Um último registro acerca dos resultados da referida sondagem de opinião, presente no relatório destinado ao Ministério da Justiça, corresponde ao papel desempenhado pelos mediadores populares na ampliação do acesso à justiça. Sua atuação revela-se de suma importância na busca por resolução pacífica dos conflitos, levando as demandas das comunidades para as unidades do CIC, em funcionamento nos distritos de São Luiz e de Itaim Paulista.

4. Centros de integração da cidadania/CIC

Em 1996, o Estado de São Paulo iniciou a implementação dos Centros de Integração da Cidadania/CIC, um novo modelo de organização e atuação das instituições públicas, na administração da justiça e resolução de conflitos.

Iniciada em 1996, no distrito de Itaim Paulista,[33] na cidade de São Paulo, essa política pública passou, a partir de junho de 2000, a ser fomen-

33. Tendo início como uma ação da Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo em 1996, o CIC passou, em 2001, a ser regulamentado pelo Dec. Estadual 46.000. Nele estão dispostos os seus princípios norteadores: a prevenção de conflitos interpessoais ou de grupos; a implementação de alternativas comunitárias de prevenção e solução de conflitos; a participação de associações e movimentos populares no planejamento, na execução e na avaliação das ações desempenhadas; a localização em regiões carentes e com pouca oferta de serviços públicos; a qualidade na prestação de serviços conforme o Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos do Estado de São Paulo; a integração e a colaboração entre os órgãos e entidades estatais para

tada pelo Governo Federal, enquanto uma das ações de parceria entre os três poderes e a sociedade civil organizada, integrando o Plano Nacional de Segurança Pública.[34]

A filosofia que defende a ampliação dos CIC em território nacional promete diminuir o hiato entre direito formal e direito material, através da integração entre as instituições responsáveis pela distribuição da justiça e destas com a comunidade das localidades em que se funcionam as unidades dos Centros de Integração da Cidadania.[35]

No Estado de São Paulo, a Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania gerencia o projeto, encarregando-se da capacitação dos parceiros para o exercício do trabalho integrado e da aproximação dos mesmos à população que devem atender. A concentração de múltiplos órgãos públicos num mesmo edifício[36] viabiliza a descentralização do atendimento no espaço da cidade.

a prestação de serviços; a desconcentração do atendimento ao cidadão; a aproximação do Estado e da Comunidade; o estímulo à organização popular.

34. Voltado ao aperfeiçoamento do sistema de segurança pública no que se refere às ações de prevenção e repressão da criminalidade e da violência, permanece como um programa federal; em 2003 foi editado o segundo Plano Nacional de Segurança Pública.

35. "A integração com a comunidade se faz ainda na própria gestão de cada unidade do CIC, através do Conselho Local de Integração da Cidadania – CLIC, do qual fazem parte os "parceiros": os funcionários públicos lotados no CIC, os representantes das instituições parceiras e de associações de moradores e, também, organizações não-governamentais locais. Assim, o CIC se torna canalizador das reivindicações e define linhas de atuação do programa para atendê-las. Novas parcerias podem ser desenvolvidas e novos projetos criados a partir da atividade dos conselhos" (HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo, PIETROCOLLA, Luci Gati e SINHORETTO, Jacqueline. *Justiça e Segurança na periferia de São Paulo: os centros de integração da cidadania.* São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM, 2003, p. 65).

36. "Serviços de identificação, posto da Polícia Militar, atendimento da Polícia Civil, atendimento de assistência social, balcão de empregos, PROCON, além dos parceiros anteriormente mencionados, integram o programa CIC. Em sua concepção, o projeto contempla a possibilidade de outras parcerias a fim de atender a demandas específicas de cada localidade em que se instala. Assim, tem-se conhecimento de unidades planejadas em que Conselhos Tutelares, FEBEM, ou órgãos municipais integram-se no CIC. Além disso, o espaço costuma ser aproveitado pelas associações civis para reuniões, eventos, cursos e outras atividades comunitárias" (HADDAD, SINHORETTO, 2003).

Até 2004, foram criados seis CIC na região metropolitana de São Paulo:

- CIC Leste, localizado no bairro da Encosta Norte – Itaim Paulista (1996)
- CIC Sul, localizado no Jardim São Luiz – Campo Limpo (2000)
- CIC Oeste, localizado no Jardim Panamericano – Jaraguá (1999)
- CIC Norte, localizado em Jova Rural – Jaçanã (2001)
- CIC Francisco Morato (2003)
- CIC Ferraz de Vasconcelos (2003)

A prestação de serviços públicos deve integrar as políticas de justiça, segurança, emprego, assistência social, tendo em vista a superação do modelo tradicional fundado na fragmentação. Ao mesmo tempo, contando com a participação da comunidade local na gestão do equipamento e na solução dos problemas coletivos, deve se afastar do paradigma que defende o Estado repressor. Portanto, a proposta de criação dos CIC

"[...] deve ser entendida como síntese de um projeto de transformação política do sistema de justiça, no sentido de intervir nas relações de poder das instituições (e dos seus representantes) com os cidadãos. Há, no projeto, duas inversões de prioridade: são as instituições que precisam se adequar à realidade dos conflitos e não o contrário, e são as autoridades que precisam se deslocar no espaço da cidade e não o inverso."[37]

Enfim, os Centros de Integração da Cidadania visam à superação da dinâmica de funcionamento das instituições que integram o sistema de justiça e demais instituições públicas.

Na cidade de São Paulo, não têm sido poucas as dificuldades encontradas para que as unidades dos CIC funcionem de acordo com a filosofia idealizada. É o caso, por exemplo, da integração entre os parceiros. Conforme pesquisa realizada pelo Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM sobre os CIC existentes na cidade de São Paulo, até fi-

37. HADDAD, PIETROCOLLA E SINHORETTO. Op. cit., p.37.

nal de 2001 (CIC Norte, Sul, Leste e Oeste), na medida em que o serviço público é fragmentado, a dificuldade de integração é conseqüência tanto da falta de critérios e objetivos comuns quanto da disputa entre os parceiros.[38]

A referida pesquisa verificou ainda que, apesar das muitas dificuldades que vêm sendo enfrentadas, alguns profissionais, atuando como mediadores nos conflitos comunitários e interpessoais, desenvolvem práticas do direito e da autoridade públicas compatíveis com a filosofia do CIC. A técnica da mediação é apontada como fundamental para o alcance dos resultados buscados, uma vez ser capaz de intervir na prevenção de conflitos nas localidades em que os CIC são instalados.

Enfim, no cenário atual marcado por ausência de padrões mínimos de qualidade de vida para grandes parcelas da população, desemprego estrutural, desigualdade no que tange ao acesso ao sistema de justiça, à educação, à habitação, à saúde, à informação, crescimento da violência, do consumo de drogas, enfim, pelos efeitos perversos do padrão de acumulação capitalista e das políticas públicas do modelo neoliberal, o Estado acena com uma proposta democratizante, cujo objetivo é possibilitar maior acesso à justiça aos segmentos sociais dela desprovidos, por intermédio, como foi explicado, da parceria entre os operadores da justiça e deles com a população dos locais onde são instaladas as unidades dos CIC.

Assim considerando, uma última indagação merece ser feita. O aperfeiçoamento das práticas dos operadores de justiça nas unidades dos CIC viabilizará a dupla parceria prevista para o sucesso dessa política pública, podendo vir a assumir uma postura de resistência aos efeitos maléficos da política neoliberal? Concorda-se que,

"[...] se se entender como vários analistas de questões sociais, a parceria não é possível porque não há igualdade entre os atores/parceiros e também não há lugar para a explicitação das diferenças. Na realidade, parceria é mais um termo lançado no terreno da disputa ideológica pelo sentido e significado do pro-

38. HADDAD, PIETROCOLLA E SINHORETTO. Op. cit., p.72

cesso de gestão dos conflitos sociais. (...) Com o termo parceria, os órgãos promotores das políticas públicas em questão objetivam aparentar algo novo e não ser 'o novo' de fato. Isso porque consideramos que a inovação só poderá vir de fora do âmbito das estruturas institucionalizadas pelo Estado."[39]

Todavia, é inegável que o funcionamento de Juizados Especiais Cíveis (JEC) nas unidades dos CIC possibilita o atendimento de um maior número de moradores da periferia.[40] Na unidade de Francisco Morato, um Juizado Especial Federal atenderá a população local.

Conforme Werneck Vianna, Cunha Melo, Rezende de Carvalho e Baumann Burgos, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais pela Lei 9.099, de 26.09.1995, "ilustra a ênfase conferida ao tema da democratização do acesso à justiça e a expansão da capacidade de o Judiciário intervir institucionalmente no Plano da sociabilidade" resultando a judicialização das relações sociais.[41]

Assim, o funcionamento dos CIC, apesar de seus limites e contradições, possibilita aumentar o percentual de litigância.

Há que se reconhecer a necessidade de investimento em pesquisas que iluminem o conhecimento da realidade brasileira, bem como em projetos para a implementação de políticas sociais de cunho democratizante. Eles acenam com a possibilidade de fissuras no interior das instituições públicas, nas atua-

39. GOHN, Maria da Glória. Políticas Públicas e Sociedade Civil no Brasil nas últimas décadas. In: CARVALHO, Denise Bomtempo B. de et alii (orgs). *Novos paradigmas da Política Social.* Brasília: UnB, Programa de Pós-graduação em Política Social, Departamento de Serviço Social, 2002, p. 325-6.

40. "Os Juizados especiais (...) inauguram uma forma diferente de solução dos conflitos sociais pelo Estado, incorporando uma nova visão do direito através da promoção da acessibilidade, pela redução das custas processuais e da duração do processo; equalização das partes, pela simplificação das regras de produção das provas e por um juiz mais ativo e menos formal; alteração no estilo de tomada de decisão, cujo parâmetro deve ser dado pela Justiça e não pela letra da lei; e pela simplificação do direito". CUNHA, Luciana Gross Siqueira. *Juizado Especial*: ampliação do acesso à justiça? In: SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça.* São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 68.

41. A respeito, consultar VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 155.

ções dos operadores, enfim, com mudanças no interior do próprio aparato estatal. As contribuições mencionadas ao longo deste estudo constituem um ponto de partida de grande significado na luta contra a cultura da violência, re-atualizada ao longo da história do Brasil.

Para tanto, a utilização dos resultados das investigações não deve se restringir às instituições públicas de justiça e segurança, aos idealizadores e implementadores de políticas públicas. As informações sobre a realidade brasileira, se democratizadas, poderão fornecer subsídios importantes aos movimentos sociais (de gênero, etnia, raça, ecologia, habitação, saúde etc.), novas formas de exercício da política.

5. Considerações finais

A complexidade dos desafios para a superação das barreiras ao acesso à justiça, na contraditória e conflitiva sociedade brasileira, torna-se mais evidente se forem consideradas as limitações impostas pelas relações econômicas.

Considerar que o funcionamento eficaz das instituições poderá, por si, resolver os problemas ligados à desigualdade social e jurídica, ao medo, à criminalidade, aos conflitos, à discriminação social; que o sucesso da filosofia idealizada para os centros de integração da cidadania depende tão-somente do treinamento dos operadores da justiça, capacitando-os para a utilização da técnica da mediação, convencendo-os da necessidade de aceitação do fim da hierarquia entre eles, (e, portanto da superação da "cultura jurídica" dominante), enfim, aproximando-os, por meio do trabalho integrado, da população a quem devem servir; acreditar que o ajustamento dos conflitos cotidianos poderá ser alcançado pelo aumento do número de Juizados Especiais, sem que esteja garantido o acesso à justiça social, é desconsiderar que a intervenção na realidade através de políticas públicas esbarra com a lógica que mantém e reproduz as relações sociais no interior da sociedade.

Desvendar a realidade social implica tomar consciência de que a superação da injustiça está para além do instituído, de que a transformação social não

poderá vir das estruturas institucionalizadas pelo Estado. A sociedade civil é quem abriga a promessa de dar nova radicalidade à luta na construção das diferenças para além das semelhanças, na construção de novos nexos culturais que venham fundar um novo projeto histórico.

6. Bibliografia

ADORNO, Sérgio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica. As mortes que se contam no tribunal do júri. In: *Revista USP*. (21): 132-51. São Paulo: mar./abr/maio 1994.

BORDINI, Eliana Blumer Trindade e TEIXEIRA, Alessandra. Mais punição para os punidos: as decisões judiciais da Vara das Execuções Criminais da Capital do Estado de São Paulo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol.11, (44): 267-77. São Paulo: RT, jul./set. 2003.

BRUNI, José Carlos. Há uma crise nas Ciências Sociais. In: MARQUES NETO, José Castilho e LAHUERTA, Milton. (org.). *O pensamento em crise e as artimanhas do poder*. São Paulo: UNESP, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Constituição da República Federativa do Brasil. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Juizado Especial: ampliação do acesso à justiça? In: SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Conrad Adenauer, 2001.

FARIA, José Eduardo. A crise do Poder Judiciário no Brasil. In: *Justiça e Democracia. Revista Semestral de Informação e Debate*. Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.º semestre de 1996, p. 19-64.

GOHN, Maria da Glória. Políticas Públicas e Sociedade Civil no Brasil nas últimas décadas. In: CARVALHO, Denise Bomtempo B. de et alii (orgs). *Novos*

paradígmas da Política Social. Brasília: UnB, Programa de Pós-graduação em Política Social, Departamento de Serviço Social, 2002.

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo, PIETROCOLLA, Luci Gati e SINHORETTO, Jacqueline. *Justiça e Segurança na periferia de São Paulo*: os Centros de Integração da Cidadania. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM, 2003.

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo, SINHORETTO, Jacqueline. Os Centros de Integração da Cidadania: democratização do Sistema de Justiça ou o controle da periferia? In: *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo: Seade (no prelo).

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo, SINHORETTO, Jacqueline e TEIXEIRA, Alessandra. Repensando a metodologia da produção de dados criminais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCrim). (53): 241-276. São Paulo: RT, 2005.

LIMA, Renato Sérgio de. *Conflitos sociais e criminalidade urbana* – uma análise dos homicídios cometidos no Município de São Paulo. São Paulo: Sicureza, 2002.

_____. Acesso à justiça e reinvenção do espaço público: saídas possíveis de pacificação social. In: *São Paulo em Perspectiva*. vol. 11 (3): 86-91. São Paulo: Seade, set. 1997.

PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo. *Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania*. São Paulo: Método, 2003 (VII Concurso IBCCRIM de Monografias Jurídicas).

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistema policiais em países de novas democracias. In: *Tempo Social. Revista de Sociologia da USP*. vol 9. (1): 43-52. São Paulo: Departamento de Sociologia/ FFCLH, maio 1997.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de

Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Hermenêutica Plural*: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 277-307.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os fascismos sociais. In: *Folha de São Paulo*. (Tendências e Debates). 06.09.1998, p. 3.

SINHORETTO, Jaqueline. *Os justiceiros e sua justiça*. Linchamentos, costume e conflito. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

LIMA, Renato Sérgio, SINHORETTO, Jacqueline e TEIXEIRA, Alessandra. Mulheres Negras: as mais punidas nos crimes de roubo. In: *BOLETIM IBCCRIM* – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. (125): Encarte. São Paulo: abril 2003.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

O aumento da criminalidade e as deficiências das políticas de defesa da cidadania

Robson Sávio Reis Souza

Filósofo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro. Especialista em Comunicação Social pela Universidade São Francisco – SP e em Estudos de Criminalidade e Segurança Pública, pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Instituto da Criança e do Adolescente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Políticas Públicas de Educação na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Secretário Executivo do CRISP – Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública da Universidade Federal de Minas Gerais.

Sumário: 1. Introdução – 2. Violência e criminalidade: 2.1 O crescimento da criminalidade no Brasil; 2.2 Um estudo de caso: a criminalidade em Belo Horizonte – 3. Violência e criminalidade juvenil – 4. O problema das drogas: 4.1 Voltando ao caso de Belo Horizonte: a identificação do problema; 4.2 Onde acontece?; 4.3 Motivações envolvidas; 4.4 Perfil dos envolvidos com as gangues; 4.5 A presença policial nos aglomerados urbanos – 5. Por uma política pública de segurança – 6. Referências bibliográficas.

Resumo: Em discussão o aumento da criminalidade violenta nas grandes cidades brasileiras, vitimando principalmente crianças e adolescentes, e a necessidade da adoção de políticas públicas de incremento da cidadania e proteção social, que explorem as capacidades institucionais e a consistência entre os níveis de governo (nacional, estadual e municipal), abandonando a ingênua idéia de que lideranças individuais em algum desses níveis, por si mesmas e por sua própria autoridade, resolverão milagrosamente os problemas.

Palavras-chave: Criminalidade – Violência urbana – Política pública de segurança – Violência juvenil.

1. Introdução

Antes de qualquer consideração sobre o avassalador aumento da criminalidade no Brasil e a necessidade de políticas públicas de prevenção aos delitos, é importante uma breve reflexão sobre o sentido da violência na nossa cultura.

Vivemos num mundo marcado por várias formas de violência. Porém, definir "violência" é uma tarefa complicada. Podemos observar, até mesmo no processo civilizatório, muitos tipos e formas de violências que serviram (e servem) de justificativa para a libertação (ou dominação) dos povos.

Vejamos, nos nossos dias, por exemplo, que a mídia é um dos meios mais contundentes de se propagar e glamourizar a violência. Pouco percebida pelas pessoas, a violência exposta na mídia está repleta de perigosas e questionáveis mensagens subliminares em vários níveis:[1]

– A violência real estampada, por exemplo, nos telejornais, tratando o fenômeno da violência de forma banalizada e simplista; fazendo com que as pessoas tenham um certo sentimento de resignação. Será que a nossa existência se limita a essa competição raivosa, destrutiva, num mundo em que tudo está pré-determinado e onde não se pode fazer nada? Muitas vezes, inertes frente a tamanha violência que presenciamos na mídia, deixamos de cobrar das autoridades uma postura coerente para mudar esse cenário. Tudo aparece como que uma espécie de instransponível fatalidade!

– A violência representada nos filmes, novelas e seriados e até mesmo nos desenhos animados, repletos de agressões contra crianças e adolescente, idosos e segmentos vulneráveis da população. A mídia tem um poder desproporcional em relação, por exemplo, à família. As informações são passadas em muita quantidade e não paramos para refletir, internalizar e absorver as mensagens,

1. SOUZA, Robson Sávio Reis. Poder da Mídia – o controle é necessário. In: *Observatório da Imprensa* (*www.observatoriodaimprensa.com.br*), em 30.11.2004.

questionar o que está sendo apresentado e o que está por trás da notícia, dos "valores" apresentados pelos programas.

– A violência simbólica, apresentada principalmente nos programas humorísticos que banalizam o crime, fazendo chacotas com as lideranças sociais, os professores, os líderes religiosos; massacram as minorias e ridicularizam todos aqueles que fogem dos padrões impostos pela sociedade de consumo.

Como o termo violência é amplo, existem algumas definições, como por exemplo, a adotada pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Violência é

"o uso intencional da força física ou do poder real ou em ameaça contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação" (OMS, 2002).

Aqui, violência é uma associação entre a intencionalidade com a prática do ato propriamente dito, independentemente do resultado produzido.

Neste sentido, podemos tipificar a violência como:

– Violência dirigida a si mesmo (auto-infligida): suicídio, auto-abuso;

– Violência interpessoal: violência familiar, contra criança, parceiros; violência comunitária, e com pessoas sem laços de parentesco;

– Violência coletiva: social, política e econômica.

Também podemos falar da natureza dos atos violentos, que podem se expressar nas formas: física, sexual, psicológica ou envolvendo privação e negligência.

Esta tipologia não é universalmente aceita, mas nos fornece uma estrutura útil para compreender os complexos padrões de violência que ocorrem no mundo; a violência cotidiana das pessoas, famílias e comunidades.

Existem muitas maneiras de explicar as raízes da violência. Optamos pelo modelo chamado "ecológico", mostrando que a violência é o resultado da complexa interação de fatores individuais, de relacionamento, sociais, culturais e ambientais. Portanto, é uma série de fatores que podem ocasionar e deflagrar processos de violência.

Neste sentido, podemos falar de vários níveis da violência:

1. Individual – ocasionada por fatores históricos, biológicos e pessoais. As pessoas têm uma tendência à agressividade. Essa agressividade pode se concretizar de forma positiva ou negativa.

2. Relacional – expressa nas relações sociais, entre companheiros, membros da família.

3. Comunitário – A violência que acontece entre os grupos comunitários, entre pessoas próximas.

4. Social – violências relacionadas a normas culturais, domínio masculino sobre mulheres e crianças, e conflitos políticos. Nesse caso as formas de tolerância da sociedade são muito "elásticas". Por exemplo, o domínio do masculino sobre o feminino e dos adultos em relação às crianças é tolerado e aceito socialmente. Violências familiares, em sua maioria, não são denunciadas porque nossa sociedade age com passividade e resignação frente a essas agressões. Existe aquele malfadado ditado popular que diz "em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher". Este tipo de "sub-cultura" legitima processos complexos de violência contra a mulher e motivam teses que justificam essa malfadada discriminação de gênero.

2. Violência e criminalidade

Existe uma significativa diferença entre os termos "violência" e "criminalidade". Muitas vezes confundimos esses termos, mas a criminalidade é o recrudescimento do processo da violência. Todo crime é uma violência, mas nem toda violência é considerada um crime.

A criminalidade está associada aos delitos elencados legalmente no Código Penal; portanto, é o conjunto dos crimes, ou seja, a violação culpável da lei penal, ou a ofensa de um bem jurídico tutelado pela lei penal.

É importante pontuar essas diferenças. Muitas vezes deparamos com notícias de atos de violência anunciados como se fossem crimes e delitos graves

sendo tratados como simples violações. Poderíamos indagar se existem interesses escusos nestes tipos de abordagens; ou seria mero desconhecimento dos profissionais encarregados de divulgar determinados eventos sociais?

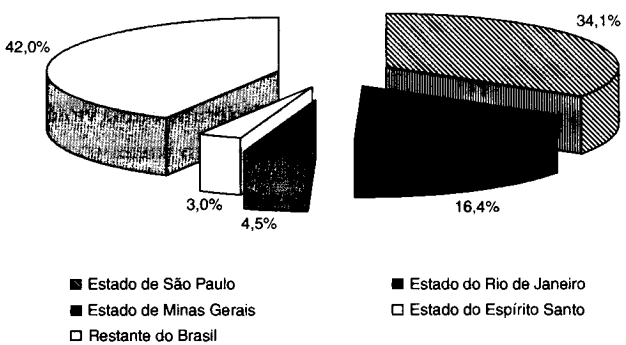
2.1 O crescimento da criminalidade no Brasil

O aumento significativo nos indicadores de várias modalidades de crime, como por exemplo, o número dos homicídios, não é um problema localizado, mas nacional. Nas décadas de 1980 e 1990 presenciamos um vertiginoso aumento da criminalidade violenta nas maiores cidades brasileiras. Entre os crimes, os homicídios são responsáveis por ceifar a vida de mais de 40 mil pessoas por ano no Brasil. Os dados, estarrecedores, apontam que a grande maioria são jovens, na faixa etária entre 14 e 25 anos, negros, do sexo masculino e moradores em áreas que apresentam indicadores de grande vulnerabilidade social.

Frente a essa dura realidade há uma certa paralisia e perplexidade generalizadas, em diversos estados brasileiros, principalmente dos setores encarregados tradicionalmente de lidar com a questão dos homicídios.

Observemos o gráfico abaixo:

Gráfico I – Percentual de contribuição dos homicídios da Região Sudeste em relação ao Brasil – 2000



Fonte: Sistema de Informações de Mortalidade – SIM / DATASUS.

O aumento da criminalidade e as deficiências das políticas de defesa

O gráfico, construído através da base de dados do DATASUS,[2] mostra, em 2000, que somente a região sudeste responde por quase 60% dos homicídios no Brasil. Cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Vitória, capitais dos estados dessa região, apresentaram, durante a década passada, taxas de homicídios semelhantes a países onde existe guerra civil, como a Colômbia, por exemplo. Porém, no caso brasileiro, não se trata de uma guerra civil, pois vítimas e autores não estão competindo entre extratos sociais e não está em jogo a disputa de poder político. Trata-se do mais perverso dilema social da atualidade: o domínio do tráfico de drogas nos aglomerados urbanos (principalmente das grandes cidades) que gera uma desenfreada disputa pelo comércio do tráfico; uma guerra insana entre traficantes e entre estes e as forças policiais; e outras modalidades de crimes banais, ocasionados pela quantidade de armas de fogo em poder dos infratores.

Dado que tratamos da questão da farta disponibilidade de armas de fogo no Brasil, lembramos que a Organização Não-Governamental "Viva Rio" divulgou em março deste ano que "de um total de 8 milhões de armas que existem no Brasil, 3 milhões são ilegais". O número é relevante, já que 70% dos homicídios registrados nacionalmente acontecem com uso de armas ilegais. A cada doze minutos, morre uma vítima de arma de fogo no país. É importante esclarecer que cerca de 65% dos assassinatos por armas de fogo no Brasil são cometidos por cidadãos sem antecedentes criminais e 70% ocorrem por motivos fúteis. Portanto, é um erro acreditar que a proibição do comércio de armas tirará do cidadão comum a chance de se defender contra criminosos, já que esse mesmo cidadão é responsável por mais da metade dos homicídios no país. Se ele não tivesse a arma, muitas vidas seriam preservadas".[3]

Em números absolutos, o quadro abaixo retrata o número de homicídios contabilizados pelo DATASUS para esses locais, no ano 2000.

2. Para acessar informações do Datasus, basta entrar na página http://www.datasus.gov.br/

3. Os dados completos da pesquisa sobre armas de fogo no Brasil encontram-se disponíveis na página (www.vivario.org.br).

Tabela I – Informações sobre homicídios:
Brasil e Região Sudeste – 2000

		População em 2000	Homicídios em 2000	Taxa de homicídios em 2000	Percentual de Contribuição em relação ao Brasil
Brasil	Total	169799170	48195	28,4	
São Paulo	Estado	37032403	16428	44,4	34,1
	Região Metropolitana	19196979	12455	64,9	25,8
	Capital	10434252	6943	66,5	14,4
Rio de Janeiro	Estado	14391282	7920	55,0	16,4
	Região Metropolitana	11546023	6903	59,8	14,3
	Capital	5857904	3689	63,0	7,7
Minas Gerais	Estado	17891494	2165	12,1	4,5
	Região Metropolitana	5587808	1341	24,0	2,8
	Capital	2238526	790	35,3	1,6
Espírito Santo	Estado	3097232	1452	46,9	3,0
	Região Metropolitana	1718967	1111	64,6	2,3
	Capital	292304	232	79,4	0,5

Fonte: Sistema de Informações de Mortalidade – SIM /DATASUS.

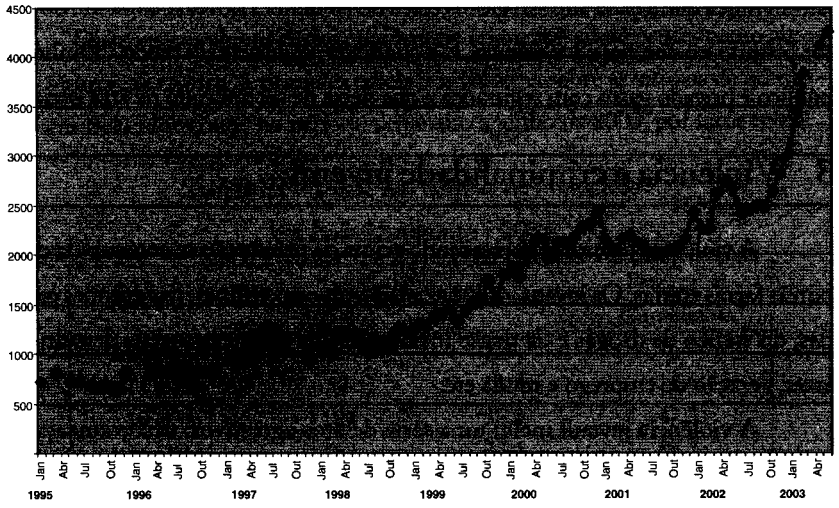
2.2 Um estudo de caso: a criminalidade em Belo Horizonte

Belo Horizonte, uma cidade pacata e tranqüila até a década de 1980, experimentou, a partir de 1997, um espetacular aumento dos crimes violentos, principalmente dos homicídios.

Alguns dados da Polícia Militar de Minas Gerais sobre eventos criminais mostram a situação da criminalidade na capital mineira. No período de 1998 a junho de 2003, por exemplo, tivemos 146.738 ocorrências de crimes violentos: homicídios, tentativas de homicídios, estupro, atentado violento ao pudor, roubo

à mão armada consumado e tentado, latrocínio (roubo seguido de morte) e extorsão, conforme observamos no gráfico abaixo. Isto sem contar que vários tipos de delitos não são noticiados às polícias, o que chamamos de sub-notificação, ou "cifra negra": a polícia consegue registrar em alguns crimes somente trinta por cento dos eventos criminais, conforme atestam pesquisas de vitimização.

Gráfico II – Evolução mensal dos crimes violentos – Belo Horizonte: 1995-2003



Fonte: CRISP/UFMG

A tabela abaixo mostra os a evolução nos números que se referem ao aumento dos homicídios na Capital Mineira e expressam o nível da criminalidade na cidade. Num curtíssimo espaço de seis anos tivemos um enorme aumento percentual dos números brutos e, consequentemente, das taxas de homicídio na cidade.

Tabela II – Evolução dos Homicídios em Belo Horizonte (1998-2003)

Ano	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Total de homicídios	494	536	702	699	825	1175

Fonte: Delegacia de Crimes Contra a Vida e CRISP/UFMG

Há um evidente recrudescimento da criminalidade violenta em Belo Horizonte, assim como nas grandes cidades brasileiras; certa cultura da morte que deve ter seu contraponto numa cultura da não-violência, ou seja, numa cultura da paz.

Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), cerca de 11% dos homicídios cometidos no planeta acontecem no Brasil, apesar do nosso país representar apenas 2,8% da população mundial. Em números, isso significa que a cada ano são gastos cerca de 70 bilhões de reais, somente no setor privado no combate a violência. É a chamada "indústria do medo". Dinheiro público e privado gasto com segurança e que deixa de ser aplicado na área social.

3. Violência e criminalidade juvenil

A violência juvenil vem crescendo acima da proporção se comparada com outras faixas etárias. Os jovens, cada vez mais cedo, são vítimas, nas grandes cidades, do tráfico de drogas e da quase inexistência de políticas sociais de cultura, lazer, geração de emprego e renda etc.

A violência juvenil inclui uma série de atos agressivos, desde ameaças e rixas, a formas mais graves de ataque e homicídio. Em 2000, a violência entre jovens (na faixa etária entre 10 a 29 anos) fez cerca de 199 mil mortos no mundo. Para cada jovem morto, vinte a quarenta sofrem lesões que exigem tratamento hospitalar (OMS, 2000).

Hoje, o gasto público na saúde com vítimas de bala perdida, no Brasil, é um dos maiores do mundo. O tipo de ferimento dos tiroteios das brigas de gangues nas grandes cidades é idêntico aos ferimentos de guerra, dado o nível de violência e agressividade dos infratores, das disputas entre gangues, dos conflitos entre traficantes e a polícia. A Organização Mundial da Saúde trata o fenômeno da violência como uma epidemia. Dados divulgados fartamente pela imprensa no final do ano passado apontam que cerca de 10% do PIB são investidos no combate a criminalidade. Se

esses números correspondem à realidade, podemos dizer que se gasta mais no combate ao crime do que na educação e saúde pública. Onde vamos chegar?[4]

A OMS mapeou uma série de fatores que geram a violência juvenil. Valem destacar alguns: fatores individuais; impulsividade e crenças agressivas (por exemplo, no poder das gangues), fracos resultados escolares; castigos físicos e violência doméstica; falta de supervisão e controle dos pais; associação com amizades de "delinqüentes"; exposição à violência da mídia; vizinhança (crimes e exclusão social) e a falta de políticas de proteção social, devido à alta desigualdade de renda.

Observemos alguns dados envolvendo crianças e adolescentes como autores e vítimas de crimes. A primeira tabela nos informa sobre as vítimas de homicídios em Belo Horizonte, no período de janeiro a junho de 2003, por faixa etária.

Tabela III – Idade das vítimas de homicídio em Belo Horizonte – 2003

Idade BH	Freqüência	Percentual	Percentual Cumultaivo
Menos 14	2	0,4	0,4
14 a 18	57	11,2	11,6
18 a 24	181	35,5	47,3
24 a 36	169	33,1	80,7
36 a 60	84	16,5	97,2
Mais de 60	14	2,7	100,0
Total	507	99,4	
Missing	3	0,6	
Total	510	100,0	

Fonte: CRISP/UFMG.

4. A criminalidade provoca prejuízos de cerca de R$ 883 milhões por ano, só em Belo Horizonte, o que representou 4,1% do PIB da capital, em 1999. O poder público é o que mais perde: cerca de R$ 334 milhões todo ano com diversos tipos de violência. Furtos e roubos e as perdas de renda potencial das vítimas fatais tiram da economia R$ 401 milhões todos os anos. Já a perda das pessoas, apenas com a massa salarial de segurança privada, sem considerar nenhum tipo de equipamento, gira em torno de R$ 60 milhões. Estes dados fazem parte da dissertação de mestrado de Vinícius Velasco Rondon, intitulada "Custos da criminalidade em Belo Horizonte", disponível no *website*: *http://www.crisp.ufmg.br/DissertacaoViniciusVeloso.htm*.

Como podemos verificar, 47,3% das vítimas de homicídio têm idade até 24 anos. Crianças e jovens estão se envolvendo em atividades delituosas em idades cada vez mais tenras. Isto significa que a deterioração das condições objetivas de segurança pública, a impunidade e a escassez de políticas públicas, principalmente nos aglomerados urbanos das grandes cidades, estão levando boa parte dos jovens a aumentar o exército dos excluídos, sem direitos e sem meios para o enfrentamento do crime, principalmente do tráfico de drogas. Estas crianças e jovens são duplamente vitimizadas. Primeiro, porque não têm acesso aos direitos (programas de atenção, de proteção, de assistência social etc.) e também porque acabam sendo vítimas do tráfico de drogas que impõe, pela violência, as regras do jogo nesses aglomerados urbanos das grandes cidades brasileiras.

Como forma de ilustrar a questão, apresentamos os números de atividades delituosas praticadas por menores[5] de 18 anos em 1999, em MG. Foram 26 homicídios só em BH. Mas os delitos são concentrados em crimes contra o patrimônio.

Apesar de os números se referirem ao ano de 1999, o padrão de criminalidade no estado de Minas Gerais, como um todo, aponta que a vitimização de adolescentes é muito superior ao número de crimes praticados por essa faixa etária.[6]

5. Estamos utilizando o termo "menores" (neste texto) simplesmente quando nos referimos à faixa etária. Todos somos cônscios que este termo é depreciativo, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, e não deve ser usado para caracterizar crianças, adolescentes e jovens.

6. Se analisarmos exclusivamente dados dos aglomerados urbanos mais violentos das grandes cidades, provavelmente essa relação será alterada. Nesses locais, pesquisas recentes (efetuadas em várias cidades brasileiras) apontam a participação de adolescentes, jovens e até mesmo crianças em idades cada vez menores no tráfico de drogas. Essa situação faz com que, nesses locais, jovens e adolescentes (na faixa etária de 14 a 24 anos) apareçam como principais autores dos crimes violentos. Porém, essas mesmas pesquisas apontam que, não obstante essa situação dramática, menos de 5% dos jovens, nessas favelas, tem participação direta no tráfico de drogas.

Tabela IV – O "menor" como infrator em Minas Gerais

O MENOR COMO INFRATOR NOS PRINCIPAIS CRIMES
Minas Gerais – Ano: 1999

Principais crimes	Total de Menores Infratores							Total de ocorrências
	Belo Horizonte		RMBH		Interior		Total do Estado	
	Num.	%	Num.	%	Num.	%		
Homicídio	26	1,1	3	0,5	65	0,5	94	77
Tentativa de Homicídio	28	1,2	40	6,6	199	1,4	267	216
Lesão corporal	277	12,0	183	30,3	4496	31,8	4956	4005
Furto a residência	92	4,0	110	18,2	2507	17,7	2709	2082
Furto a estab. comercial	290	12,5	82	13,6	2220	15,7	2592	1755
Furto de veículo	133	5,8	33	5,5	535	3,8	701	528
Furto a transeunte	414	17,9	18	3,0	694	4,9	1126	852
Roubo a residência	17	0,7	1	0,2	41	0,3	59	43
Roubo a estab. comercial	55	2,4	26	4,3	72	0,5	153	107
Roubo a transeunte	246	10,6	40	6,6	531	3,8	817	552
Estupro	10	0,4	11	1,8	69	0,5	90	69
Atentado violento ao pudor	4	0,2	9	1,5	181	1,3	194	146
Tráfico de entorpecente	150	6,5	17	2,8	216	1,5	383	275
Uso indevido de entorpecente	571	24,7	30	5,0	2327	16,4	2928	1999
Total	2313	100,0	603	100,0	14153	100,0	17069	12706

Fonte: Delegacias de Polícia de Minas Gerais

A próxima tabela mostra alguns dados sobre vitimização de crianças e adolescentes em Minas Gerais (Belo Horizonte, RMBH e interior do Estado), no ano de 1999.

Sendo cuidadosos na observação dos números das duas tabelas percebemos que:

(1) as crianças e adolescentes são muito mais vítimas que autores dos delitos;

(2) quando vítimas, sofrem mais agressões graves (26,3% são vítimas de lesões corporais);

(3) quando autoras, praticam pequenos delitos (17,9% praticaram furto a transeunte).

Tabela V – O "menor" como vítima, em Minas Gerais

O MENOR COMO VÍTIMA NOS PRINCIPAIS CRIMES
Minas Gerais – Ano: 1999

Principais crimes	Total de Menores Vítimas							Total de ocorrências
	Belo Horizonte		RMBH		Interior		Total do Estado	
	Num.	%	Num.	%	Num.	%		
Homicídio	42	2,9	9	0,7	113	0,7	164	152
Tentativa de Homicídio	34	2,3	79	6,0	245	1,5	358	341
Lesão corporal	383	26,3	499	37,8	6529	38,9	7411	6966
Outro contra a pessoa	376	25,9	434	32,9	6274	37,3	7084	6299
Furto a transeunte	185	12,7	29	2,2	731	4,4	945	909
Roubo a transeunte	63	4,3	83	6,3	728	4,3	874	789
Estupro	113	7,8	54	4,1	384	2,3	551	525
Atentado violento ao pudor	82	5,6	51	3,9	538	3,2	671	595
Sedução e corrupção	63	4,3	22	1,7	344	2,0	429	372
Outro contra os costumes	113	7,8	61	4,6	914	5,4	1088	934
Total	1454	100,0	1321	100,0	16800	100,0	19575	17882

Fonte: Delegacias de Polícia de Minas Gerais

Objetivamente, devemos nos preocupar com o aumento cada vez maior do número de crianças e adolescentes como autores de infrações.

Outro problema é que, mesmo tendo em vista uma alta sub-notificação, ou seja, esses números representam, provavelmente, pequena parcela da realidade, as crianças são muito mais vítimas (17.882, conforme Tabela IV) do que agentes (12.706, conforme Tabela V) de atos criminosos. Certamente, os números são muito maiores, pois aqui estamos tratando de eventos crimi-

nosos e não de violências, ou seja, são aqueles delitos notificados às polícias, no caso, à Polícia Civil: assalto a mão armada, tentativa de homicídio, estupro etc.

A próxima tabela, também ilustrativa, mostra resultado de uma pesquisa feita com adolescentes do Programa Liberdade Assistida, da Secretaria Municipal de Assistência Social, da Prefeitura de Belo Horizonte.

Tabela VI – Atos infracionais praticados por adolescentes do Programa Liberdade Assistida, da PBH, em 2001

ADOLESCENTE EM REGIME DE LIBERDADE ASSISTIDA
TIPOS DE ATOS INFRACIONAIS –
ADOLESCENTES EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA

Tipo	Total	
Ameaça e agressão	13	3,1%
Assalto	64	15,3%
Briga	9	2,2%
Furto	106	25,4%
Furto de veículo	4	1,0%
Homicídio ou tentativa	11	2,6%
Lesões corporais	9	2,2%
Porte de arma	21	5,0%
Porte de droga	26	6,2%
Roubo	67	16,1%
Tráfico	24	5,8%
Uso de drogas	18	4,3%
Outros*	46	11,0%
Total	**417**	100,0%

Fonte: PBH/SMAS. 2002

Como podemos observar, a maioria dos atos infracionais se referem a delitos contra o patrimônio (assalto, furto, roubo). O tráfico de drogas res-

ponde por 5,8% dos atos infracionais; homicídio e tentativa, 2,6% e porte de arma, 5%.

4. O problema das drogas

Vários estudos feitos no Brasil, por instituições públicas, universidades e organizações não-governamentais (inclusive internacionais) tem apontado a relação estreita entre o aumento da criminalidade violenta, principalmente dos homicídios, e o recrudescimento do tráfico de drogas. Esses estudos apontam, também, como já mencionamos, que a maior parte das vítimas fatais, nos últimos anos, são de jovens, na faixa etária de 14 a 24 anos, que geralmente residem em locais de grande vulnerabilidade social e que, para o enfrentamento da questão, é necessária uma ação preventiva do Estado, principalmente com a articulação de políticas públicas. Todos são unânimes em afirmar que essas políticas devem priorizar a prevenção à criminalidade, principalmente com programas sociais de ampliação do capital social[7] das comunidades vitimadas pela violência. Entre os vários programas demandados para esse público, uma ação efetiva seria através de um programa de proteção, notadamente para os adolescentes e jovens que já têm algum tipo de trajetória no mundo do tráfico ou que estão em vias de aderirem a alguma gangue ou grupo organizado de infratores. Seria uma forma de modificar essa rota perversa que leva, quase que inevitavelmente, à morte desses adolescentes.

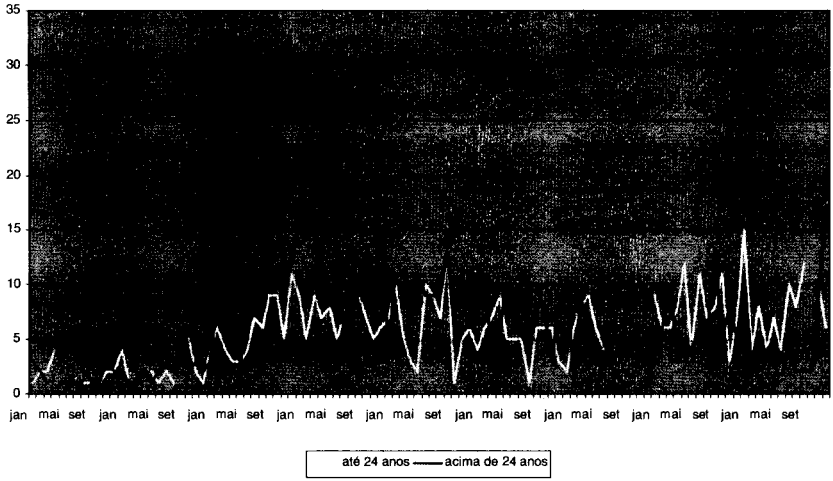
A título de exemplo, citamos um estudo desenvolvido pelo CRISP – Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública da UFMG, em Belo Horizonte. As situações apontadas são perfeitamente aplicáveis para determinar um certo padrão que ocorre nas grandes cidades brasileiras.

7. O conceito de capital social é construído, embora de maneiras distintas, inicialmente por Bourdieu (1986[1983]) e Coleman (1988, 1990): ambos apontam para características que ressaltam sentimentos de reciprocidade nas relações de interação social.

4.1 Voltando ao caso de Belo Horizonte: a identificação do problema[8]

Analisando detidamente os homicídios em Belo Horizonte, algumas características tornam-se evidentes. Conforme vemos no gráfico adiante, no período em que se inicia o crescimento do número de homicídios (1997) é quando aumenta a participação majoritária dos jovens de menos de 24 anos nesse tipo de crime cometidos nas regiões violentas da cidade.

Gráfico III: Evolução mensal dos homicídios cometidos por agentes com menos de 24 anos de idade, e com mais de 24 (1994-2002)



Fonte: Delegacia de Crimes Contra a Vida – DCCV – Polícia Civil de MG

Outro fator associado a este grupo emergente de agressores é o uso crescente de armas de fogo. Existem cerca de 170.000 armas de fogo na cidade, con-

8. Veja também: FILHO, Cláudio Chaves Beato; SOUZA, Robson Sávio Reis. *Controle de Homicídios: a experiência de Belo Horizonte*. Cadernos Adenauer, Série "Segurança Cidadã e Polícia na Democracia", Ano IV, n. 03, 2003, pp. 51-74.

forme apontou a pesquisa de vitimização feita pelo CRISP, em 2002. Os proprietários, entretanto, estão mais concentrados nas regiões menos violentas (7,5%). Nas regiões de favela, menos de 3% da população tem em seu poder uma ou mais armas de fogo. Quem a tem, entretanto, sai mais freqüentemente com ela (38%).[9] Portanto, a probabilidade de vitimização nesses locais é, evidentemente, muito maior.

Segundo dados dos atendimentos realizados pela Polícia Militar (PM) desde o ano de 1998, 48% dos homicídios foram cometidos com armas de fogo.[10] Dados de investigação posterior, pela Polícia Civil (PC), reafirmam a supremacia das armas de fogo nos homicídios: uma análise dos 145 casos investigados pela PC durante os anos de 1999 a 2001 nos aglomerados mais violentos de Belo Horizonte mostra que 78,1% dos homicídios resultaram do uso das mesmas. Para corroborar a tese da violência crescente desses homicídios, a média de tiros em cada vítima foi de 4,8 perfurações.[11] Poucos são mortos nos pontos de tráfico. Ruas, becos e casas, nesta ordem, são os locais mais freqüentes das execuções.

4.2 Onde acontece?

Estudos feitos pelo CRISP têm demonstrado que o problema dos homicídios encontrava-se, até 2002, concentrado em torno de alguns aglomerados de Belo Horizonte. A análise mostrou que a incidência da maioria dos homicídios deu-se em apenas seis dos oitenta e um conglomerados urbanos que contêm favelas existentes na cidade. A percepção da deterioração das condições comunitá-

9. Pesquisa de Vitimização em Belo Horizonte. CRISP, 2002. Ver dados completos em: www.crisp.ufmg.br

10. Várias pesquisas atuais têm apresentado que a participação das armas de fogo nos homicídios é superior a 70% dos casos, o que levou o governo a desencadear, em 2004, a campanha do desarmamento.

11. Segundo profissionais da saúde que atendem em pronto-socorros nas grandes cidades, o número crescente de perfurações aumenta significativamente os gastos públicos na recuperação dos feridos, quando isto é possível.

rias de segurança é claramente percebida pelas populações residentes nos locais de maior vulnerabilidade social. Levantamento de dados qualitativos efetuado pelo Núcleo para Jovens da Secretaria de Cultura da Prefeitura de Belo Horizonte (2002) registrou as queixas dos jovens atendidos pelos programas e dos técnicos, em cada um destes locais.

Nestes aglomerados, as reminiscências de morte violenta são muito comuns entre os moradores. Conforme dados da pesquisa de vitimização realizada pelo CRISP (2002)[12] quase um terço da população nestes locais teve parente, amigo ou vizinho vítima de homicídios. Isto torna a morte violenta de pessoas próximas um elemento comum aos moradores destas comunidades.

Já teve algum parente, amigo ou vizinho assassinado

	Bairro não violento	Favela não violenta	Favela violenta
Parente	8,3%	17,0%	23,1%
Amigo	14,5%	20,9%	27,4%
Vizinho	12,1%	18,0%	29,9%

Fonte: Pesquisa de Vitimização. CRISP, 2002

4.3 Motivações envolvidas

Diversas formas de associação entre crimes predatórios e drogas têm sido estudadas na literatura. São comuns tópicos, tais como, afinidade entre o uso de drogas e a propensão para cometer crimes, formas de financiamento da dependência, crises de abstinência, formas de resolução de conflitos extralegais e necessidade de armas caras para tais fins (Johnson et al., 1990).

O padrão que mais se assemelha ao que parece estar ocorrendo nas favelas de Belo Horizonte entre os jovens é denominado como "violência sistêmica" – crimes cometidos entre pessoas envolvidas em redes de venda de drogas (Goldstein,1985).

12. Outras informações sobre a Pesquisa de Vitimização de Belo Horizonte (2002) podem ser acessadas no websiste: www.crisp.ufmg.br.

A variedade sistêmica de violência associada a droga envolve guerras por territórios entre traficantes rivais, agressões e homicídios cometidos no interior da hierarquia de vendedores como forma de reforço de códigos normativos, roubos de drogas, com retaliações violentas da parte do traficante e de seus patrões, eliminação de informantes e punições por vender drogas adulteradas ou não conseguir quitar débitos com vendedores.

As favelas que têm alta concentração espacial de homicídios associados a ela possuem vários indicadores de bem-estar social e de qualidade de vida ruins. Assim, o acabamento das residências nessas regiões é quase oito vezes inferior ao das outras regiões da cidade. O número médio de anos de estudo é três anos inferior (5,53 contra 8,51). São regiões em que as populações são mais jovens, tendo uma idade média de 25 anos de idade, em contraste com os 29 anos que se constituem na média da cidade. A taxa de ocupação no mercado formal é maior em outras regiões da cidade do que nas de elevado número de homicídios. Além disso, as crianças morrem em maior proporção nestas regiões e há maior número de analfabetos. O índice de infraestrutura urbana é significativamente mais deficiente nestes lugares (cerca de cinco vezes inferior). De uma maneira geral, o índice de proteção social é de cerca de um terço das outras regiões da cidade.[13]

4.4 Perfil dos envolvidos com as gangues

Um bom retrato do tipo de jovens envolvidos com as gangues pode ser observado no perfil de atendimento de adolescentes autores de ato infracional. Ao contrário de um certo senso comum prevalecente, os jovens não se encontram envolvidos com delitos graves. Em Belo Horizonte, apenas 2,6% dos jovens que estão cumprindo medidas sócio-educativas estiveram envolvidos com homicídios ou tentativas, e 15 % com assaltos. Não estamos tratando de criminosos de alto poder ofensivo, mas de jovens que eventualmente podem ser re-

13. Informações obtidas junto à Prefeitura de Belo Horizonte.

tirados da situação de vulnerabilidade social representada pelo seu envolvimento com as gangues de traficantes.

4.5 A presença policial nos aglomerados urbanos

Um dos problemas difíceis de serem enfrentados nestes locais diz respeito ao mau relacionamento entre as forças policiais e as populações locais. Todo este contexto de conflitos termina por gerar um sentimento ambíguo nos moradores em relação às polícias. De um lado, dado os graves problemas relativos à segurança gerados pelas gangues, este é um dos serviços mais almejados pela população. Do outro, impera o medo da ação discricionária e arbitrária da polícia.

As cenas explícitas do uso de armas e do consumo e venda de drogas em público são indicativos do nível de desordem e incivilidade nessas comunidades. Por outro lado, o despreparo policial em lidar com situações desta natureza em aglomerados urbanos, aliado à desinformação a respeito da atividade criminosa no local, termina por gerar dificuldades de interação entre polícia e comunidade.

A queixa contra a violência da polícia é bastante recorrente entre os jovens atendidos pelos programas da Prefeitura de Belo Horizonte. Além disto, reclamações sobre a atuação de maus policiais nestes locais são bastante recorrentes e traduzidas em freqüentes cenas de violência, de corrupção e de "achacamento" dos traficantes.

Uma pesquisa feita pela Ouvidoria de Polícia de Minas Gerais em 2004[14] apontou que boa parte da população não demonstra confiança nas organizações policiais, conforme podemos observar na tabela abaixo:

14. A pesquisa completa encontra-se publicada no site da Ouvidoria de Polícia de Minas Gerais (www.ouvidoriadapolicia.mg.gov.br) ou no livro: "*A Ouvidoria mostra o que faz: anais do primeiro seminário internacional, textos e pesquisas*". Ouvidoria da Polícia de Minas Gerais. Belo Horizonte, Formato, 2004.

Tabela VII – Grau de confiança nas instituições do sistema de justiça criminal
Minas Gerais – 2004

Instituição	Nota média	Confiança total/ Confiança	Nem confiança, nem desconfiança	Desconfiança/ desconfiança total	NS/NR	Total
Bombeiros Militares	8,4	82,2%	9,6%	4,8%	3,4%	100,0%
Juízes de Direito/Justiça	5,9	37,0%	25,0%	22,0%	16,0%	100,0%
Promotores de Justiça	5,8	35,8%	27,1%	20,1%	17,0%	100,0%
Policiais Militares	5,4	39,7%	28,0%	30,8%	1,5%	100,0%
Policiais Civis	5,2	34,9%	29,6%	32,9%	2,6%	100,0%

Como podemos observar, o índice de confiança na Polícia Militar é de 39,7% e na Polícia Civil, de 34,9%. É verdade que instituições como o Poder Judiciário e o Ministério Público apresentam índices muito baixos de confiança. Isto indica o nível de insatisfação da população em relação ao sistema de justiça criminal como um todo, não se limitando somente à insatisfação quanto à atuação das polícias.

É verdade que a pesquisa capturou a percepção de um pequeno universo (foram pesquisados somente os municípios de Belo Horizonte e da Região Metropolitana de Belo Horizonte). Não obstante, os dados obtidos indicam a necessidade de se aprofundar as investigações sobre a percepção da população acerca das agências encarregadas na aplicação da lei, visando, se necessárias, as devidas reformas ou readequações para padrões compatíveis com um estado democrático de direito.

5. Por uma política pública de segurança

Para responder ao recrudescimento da criminalidade presenciamos, geralmente, uma série de medidas reativas, tanto no nível nacional como nos estados. Muitas vezes, essas medidas se concretizam na violência e truculência da ação

policial. Em sua quase totalidade, enfatizam o aumento do poder punitivo do Estado, simplificando, sem resolver e, ao mesmo tempo, restringindo as noções de direitos e de cidadania.

As visões meramente reativas se preocupam apenas com a manutenção da "ordem" de um Estado patrimonialista e respondem com evidente limitação à opinião pública inconformada com o crescimento vertiginoso da criminalidade. Surtem alguns resultados temporários e pontuais, mas não revertem uma tendência de aumento dos crimes.

Já a implementação de políticas preventivas, visando à otimização da inteligência e capacidade investigativa das polícias, de mecanismos de participação e ações de autogestão para a resolução de conflitos em locais com altos índices de criminalidade não estão se constituindo como parte fundamental da agenda da maioria dos gestores da segurança pública. Os poucos projetos de prevenção existentes são limitados, ora pela escassez de recursos, ora pela resistência de autoridades e gestores públicos que não os consideram como políticas públicas de segurança.

A segurança dos cidadãos é, em si mesma, uma questão que inclui os direitos e garantias fundamentais e não o limite delas. Portanto, falamos da necessidade de uma política pública de segurança cidadã, cuja centralidade se concretiza nas políticas sociais e no aprimoramento institucional das agências que cuidam da defesa social. É fundamental repensar o lugar e as condições em que as forças de segurança se inserem na nossa sociedade.

Além do aumento da criminalidade, alguns indicadores têm apontado um aumento da violência institucional que é em si mesma um risco para a vida e a integridade dos cidadãos. Arbítrios policiais são noticiados fartamente pela mídia, e os agentes públicos são acusados de eliminarem sumariamente cidadãos indefesos.[15]

15. Segundo a socióloga Julita Lemgruber, ex-Ouvidora de Polícia do Rio de Janeiro, "em 2003, a policia matou, só no Estado do Rio de Janeiro, 1195 pessoas. Em São Paulo, houve quase 1000 mortes no mesmo período. São as mortes que a Policia Militar no Rio de Janeiro intitula "autos de

Por outro lado, a precariedade de mecanismos eficientes de controle da atividade policial (não obstante o salutar aumento da atuação das Ouvidorias de Polícia em alguns estados), as deficiências na administração da Justiça, a ineficácia do sistema prisional (e também do sistema de atendimento ao adolescente autor de ato infracional) e a precariedade e morosidade da atuação do Poder Judiciário tendem a reforçar a seletividade do sistema penal, pela qual os mais fracos têm altas chances de receber severos castigos, e aqueles que contam com maiores recursos – como a criminalidade organizada – aumentam suas probabilidades de gozar da impunidade.

Num país com desigualdades sociais tão visíveis o gasto dos parcos recursos públicos seria mais eficiente com ações de ampliação da cidadania. É preciso focalizar os investimentos na prevenção à criminalidade, como programas de proteção aos jovens envolvidos com as várias modalidades de crimes, conjugando ações repressivas direcionadas ao crime organizado, aos traficantes e aos infratores de alto poder ofensivo e políticas públicas voltadas para a geração de emprego e renda e aprimoramento do capital social das comunidades, principalmente nos aglomerados urbanos das grandes cidades onde os índices de vulnerabilidade social são gritantes.

Na resposta à questão do controle da violência está em jogo o tipo de contrato existente entre a sociedade e o Estado. Não podemos esperar uma solução mágica para o problema. O fato é que uma visão pró-ativa e verdadeiramente universalista da segurança pública permitiria antecipar-se ao conflito com a satisfação dos direitos sociais, principalmente dos grupos mais vulneráveis.

residência", ou "mortes em confronto". Uma pesquisa sobre a "Letalidade da ação policial do Rio de Janeiro", mostrou que praticamente 60% dos corpos submetidos à necropsia no Instituto Médico legal levaram tiros nas costas e na cabeça. E que quase 60% desses corpos tinham 3, 4 ou mais entradas de balas. Então, deixemos a hipocrisia de lado: essas não foram mortes em confrontos, foram execuções. São execuções no Rio de Janeiro, em Minas, em São Paulo, enfim, em todo o Brasil.". In: "*A Ouvidoria mostra o que faz: anais do primeiro seminário internacional, textos e pesquisas*". Ouvidoria da Polícia de Minas Gerais. Belo Horizonte, Formato, 2004.

Ademais, é fundamental que as políticas públicas de segurança explorem as capacidades institucionais e a consistência entre os níveis de governo (nacional, estadual e municipal), abandonando a ingênua idéia de que lideranças individuais em algum desses níveis, por si mesmas e por sua própria autoridade, resolverão milagrosamente os problemas. Ao contrário, a difícil situação exige fomentar as especificidades de cada nível e o reconhecimento de seus problemas e dilemas.

Portanto, a segurança pública carece, por um lado, de políticas de aprimoramento, transparência e controle das agências do sistema de justiça criminal visando extirpar dessas organizações os focos coniventes com o crime organizado, restabelecendo a credibilidade de seus agentes e possibilitando a participação da sociedade como parceira na resolução de seus dilemas. Por outro, é mister a implementação de mecanismos participativos e autogeridos de resolução de conflitos e a implantação de programas de prevenção à criminalidade, possibilitando aos cidadãos ações pacíficas e democráticas e promovendo a reconstrução de vínculos sociais que a exclusão social e econômica está, gradualmente, deteriorando.

6. Referências bibliográficas

BEATO, Cláudio Chaves; SOUZA, Robson Sávio Reis. Controle de Homicídios: a experiência de Belo Horizonte. In: *Segurança Cidadã e Polícia na Democracia*. Rio de Janeiro, Cadernos Adenauer. Ano IV, n. 03, 2003.

CENTRO DE ESTUDOS DE CRIMINALIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA DA UFMG. Projeto Controle de Homicídios, 2002 (disponível em *www.crisp.ufmg.br*).

DECKER, Scott H., Van Winkle, Barrik. *Life in the Gang*. Cambridge University Press, 1996.

GOLDSTEIN, P. J. The Drugs, violence nexus. *Journal of Drugs Issues*, 15 (4), 1985.

GONÇALVES, Hebe Signorini. *Infância e Violência no Brasil.* Rio de Janeiro, NAU/Faperj, 2003.

JOHNSON. B. D., WILLIANS, T., DEI, Kojo H., SANABRIA, H. Drugs and Predatory Crime, In: WILSON, J. Q. and TONRY, M. Drugs and Crime. *Crime and Justice*, vol. 13. The University of Chicago Press, Chicago and London, 1990.

KENNEDY, David M. *Juvenile gun violence and gun markets in Boston: a summary of a research presentation*, U.S. Dept. Of Justice – Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1997.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Relatório Mundial sobre violência e saúde. Genebra, 2002.

OUVIDORIA DE POLICIA DE MINAS GERAIS. *A Ouvidoria mostra o que faz: anais do primeiro seminário internacional, textos e pesquisas.* Belo Horizonte, Formato, 2004.

SILVA, Vera Alice Cardoso. O Papel da Sociedade Civil. In: *Revista do Legislativo*, n. 28. Belo Horizonte, abril/setembro de 2000.

SOUZA, Robson Sávio Reis. Direitos Humanos e Cidadania: a importância das políticas públicas. In: *A Ouvidoria agora vai falar: seleção de textos e relatório 2003 da Ouvidoria de Polícia de Minas Gerais.* Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

4. O Direito em Ação

Meio ambiente, descabimento de aplicação do princípio da insignificância

Osvaldo Capelari Júnior
Procurador Regional da República na 4ª Região.

PARECER

EMENTA: Penal. Crime ambiental. Art. 34, *caput*, da Lei 9.605/98. Pesca com rede em local proibido. Rejeição da denúncia por atipicidade material. Recurso do *parquet*.

1. A Constituição Federal de 1998, afastando-se do antropocentrismo clássico, positivou no seu art. 225 o chamado "antropocentrismo alargado", que se consubstancia no reconhecimento de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, devendo ser resguardado como patrimônio comum da humanidade (eqüidade intergeracional);

2. Disso decorre a impossibilidade de quantificação do dano ambiental, mormente porque, especificamente no campo da fauna, a tutela penal não considera mais a representatividade econômica do objeto material do crime, mas o fato de ter sido eliminada uma vida não humana integrante do ecossistema equilibrado;

3. Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância em delitos ambientais. Precedentes do TRF da 4ª Região;

4. Reconhecimento, entretanto, de erro eclético, apto a desautorizar a *persecutio criminis in juditio;*

5. Parecer pelo desprovimento do recurso.

I. Relatório

1. O Ministério Público Federal denunciou Tício como incurso nas sanções do art. 34, *caput*, da Lei 9.605/98.

2. A denúncia veiculou a seguinte narrativa fática:

"No dia 28 de abril de 2004, por volta das 09:00 horas, o denunciado pescava na beira-mar, na boca da barra do Rio Araranguá, localidade de Ilhas, no Município de Araranguá/SC, numa distância inferior a 1000m (mil metros) da boca da barra, mediante a utilização de uma rede de pesca, ocasião em que foi surpreendido por policiais militares do Pelotão de Polícia de Proteção Ambiental, que faziam patrulhamento de rotina no local (fls. 02-06).

Conforme consta dos autos, o denunciado, no dia e local dos fatos, foi abordado pelos agentes policiais no momento em que se encontrava praticando atos de pesca, tendo sido então apreendida uma rede derivante, malha 90 mm (noventa milímetros), segundo Termo de Apreensão 0282815, série C, e Ofício 191/10 (fls. 09 e 14)."

3. Em decisão constante às fls. 17/19, o Juízo singular rejeitou a peça acusatória com fundamento no art. 43, I, do CPP, aplicando ao caso o princípio da insignificância.

4. Irresignado, interpôs o *parquet* recurso em sentido estrito, passando a aduzir: (i) que a materialidade e a autoria dos delitos encontram-se devidamente comprovadas nos autos; (ii) que a potencialidade lesiva da conduta imputada é relevante e considerada capaz de promover desequilíbrio ecológico local; (iii) e que o fato, em virtude disso, não pode ser considerado atípico.

5. O recorrido ofertou contra-razões às fls. 31/33 dos autos.

6. Sucintamente, é o relatório.

II

7. Ao rejeitar a denúncia, dispôs o julgador singular (fl. 18):

"O fato descrito na denúncia é, materialmente, atípico, não se justificando a punição penal, máxime quando a repressão administrativa é suficiente para a reprovação do ato, tudo sob pena de agir-se com excesso em face da significação social do fato.

Ora, tratava-se de um ato praticado individualmente por pessoa de 'baixo grau de instrução ou escolaridade...' (fl. 05), que, em si, não gerou nenhum dano, efetivo ou potencial, hábil a justificar a repressão penal, ao meio ambiente, sendo mais do que suficientes a imposição de multa administrativa e a apreensão administrativa da rede para a resolução do caso concreto.

Com efeito, tratava-se de uma simples pesca artesanal, que apenas foi tida por ilícita porque foi realizada a menos de 1.000m (mil metros) da boca do rio Araranguá, sem que nada de especial tivesse sido constatado que demandasse, em face da última ratio *que representa o direito penal, uma pronta resposta da seara criminal.*

A finalidade protetiva do meio ambiente dispensada pelo ordenamento jurídico, diante da suficiente atuação administrativa e diante das peculiaridades do caso concreto, deslegitima, porque desnecessária, a atuação penal. Não se há utilizar 'canhões de guerra' quando um 'estilingue' resolveria o caso. Não há ser desproporcional, lançando mão do direito penal, quando não há dele necessidade; não há se lançar mão do direito penal quando inocorrente violação concreta ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora."

Assim sendo, rejeito a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal por atipicidade do fato, o que faço com fulcro no art. 43, I, do CPP."

8. Com a devida *venia* dos entendimentos contrários, é digno de provimento o recurso interposto pelo *parquet*.

9. Contrapondo-se à visão antropocêntrica tradicional, que tinha como preocupação única e exclusiva o bem-estar do homem, que remontava ao pró-

prios escritos bíblicos[1] e que teve na Idade Média FRANCIS BACON como expoente,[2] a Carta de 1988, tendo como objetivo um "novo futuro para a proteção jurídica do meio ambiente" e verificando que o ser humano não pode ser considerado de forma desvencilhada da natureza, corroborou o que a doutrina ambientalista já denominava de "antropocentrismo alargado".

10. Colhendo-se o escólio de José Rubens Morato Leite e Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira, pode referir que:

"Essa ampliação do enfoque representa uma evolução do antropocentrismo clássico, uma vez que procurou tutelar o bem ambiental independentemente de sua utilidade para o homem. Como assinala BOURG, o alargamento da visão antropocêntrica caracterizou-se pelo reconhecimento de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental e, portanto, deveria ser resguardado como bem "*patrimônio comum da humanidade*". Nesse sentido, não somente as presentes gerações têm o direito de desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também as futuras gerações, tratando-se, então, de um *direito intergeracional.* Observe-se que, enquanto a visão antropocêntrica tradicional não se preocupava com as futuras gerações, a visão antropocêntrica alargada caracterizasse justamente por ir além do hoje, com o intuito de garantir para aqueles que ainda virão um direito que lhes é inalienável.

1. Consoante lecionam José Rubens Morato Leite e Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira, "Esta visão é responsável por legitimar o sentimento de superioridade dos seres humanos em suas relações com os animais. Verifica-se a existência da visão antropocêntrica nos escritos dos filósofos gregos, bem como na própria Bíblia. Segundo DIAS, o animal era visto por Aristóteles como um escravo, como um bem útil para a alimentação e para o uso diário, e como fornecedor de matéria prima. No que se refere à Bíblia, a passagem da criação do mundo, descrita em Gênesis, foi durante muito tempo interpretada como sendo um fundamento para a visão antropocêntrica na medida em que se entendia que Deus teria outorgado ao homem o domínio sobre todas as outras criaturas vivas, sendo somente o ser humano criado à sua imagem e semelhança." (LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Estado de direito ambiental: *O antropocentrismo alargado e o direito da fauna.* Disponível em: <http://www.dbjv.de>. Acesso em 09.09.2005).

2. Francis Bacon, propugnando o "empirismo" (nova maneira de estudar os fenômenos naturais), em sua obra *Novum Organum,* defendia que *o conhecimento científico tinha por finalidade servir ao homem e dar-lhe poder sobre a natureza.*

Válido é lembrar que a visão antropocêntrica clássica centrava suas atenções no homem de tal forma que os elementos do meio ambiente, tais como a água e os animais, eram tidos como *res nullius*, ou seja, coisa de ninguém, de forma que não havia uma proteção efetiva para a natureza. Tal visão, ao menos do ponto de vista teórico e doutrinário, encontra-se atualmente superada e hoje esse bem é considerado como *res communes omniun*, coisa de todos, devendo assim ser entendido."[3]

11. Desse pensamento não discrepa Markian Kalinoski:

"Se é certo que não é possível compreender o meio ambiente fora de uma visão de cunho antropocêntrica (pois sua proteção jurídica depende de uma ação humana), é também correto afirmar que deve-se mitigar a noção antropocêntrica clássica, sem se postular a volta a uma biocentrismo. Torna-se imperioso advogar-se uma 'superação de um antropocentrismo do passado e a inclusão de valores, por exemplo, a bioética, na proteção do meio ambiente', já que a idéia do passado, ainda enraizada em nossa sociedade de cunho eminentemente 'economicocêntrica', de que o homem domina e submete a natureza à exploração ilimitada a fim de saciar suas atuais 'necessidades', perde seu fundamento a partir do surgimento e desenvolvimento da ecologia.[4]

12. Referidas características do chamado "antropocentrismo alargado" apresentam-se claramente refletidas no art. 225 da Constituição Federal, que assim preceitua:

"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações."

13. Nesse aspecto, respeitada a fragmentariedade do Direito Penal que legitima uma mínima intervenção do legislador penal, devemos observar que há um mandado de criminalização constitucionalmente reservado que proíbe, na esteira do posicionamento do Tribunal Constitucional alemão, proteção infra-

3. Ibid.

4. KALINOSKI, Markian. *O genoma humano como bem ambiental.* Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/1828>. Acesso em 09.09.2005).

constitucional deficiente, espaço legislativo em que o Constituinte derivado não pode renunciar à efetiva tutela penal.[5]

14. Nesse particular, Feldens, com lucidez, explicita que *"Uma vez deparamo-nos com uma objetividade jurídica transindividual, (difusa), a fazer comprovar que a tutela penal constitucionalmente requerida ultrapassa a dimensão dos direitos de segunda e terceira geração"*.[6]

15. Ao lado da tradicional proibição de excesso (*Übermassverbot*), que em direito penal se traduz na afirmação do princípio da intervenção mínima, deve-se enfatizar, sempre com arrimo nos ensinamentos de Feldens, que é necessário um grau suficientemente adequado de proteção penal e, corolariamente, uma proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), infraproteção ou intervenção penal minimamente necessária.

16. Especificamente aos direitos de primeira, segunda ou terceira dimensão, é ilustrativo que deles não se pode afastar o homem moderno,[7] mas, no que concerne ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, esse "metainteresse", por assim dizer, encontra primazia, eis que *conditio sine qua non* para a continuidade da vida humana e para o efetivo proveito dos direitos assinalados.

17. Malcomparando, Robson Crusoé, em seu hipotético mundo autista, pôde despir-se de alguns direitos fundamentais, de qualquer geração, até porque deduzidos da vida em sociedade. Mas sua sobrevivência estava condicionada a uma certa "alteridade" dos demais direitos, diretamente imbricados e hauridos do contato do homem com a natureza e não era lícito que sua insólita passagem fosse turbada com

5. Aliás é reconhecido em doutrina que "Mandados expressos de criminalização encontram-se expressos nas Constituições modernas, tais como Alemanha, Itália, França, Espanha e Brasil" (cfe Feldens, ob. Cit. p. 212).

6. Luciano Feldens, *A Constituição Penal, A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 84.

7. Aliás esses direitos foram arduamente conquistados e definitivamente erigidos à condição do homem como sujeito ativo na ordem internacional, nesse último aspecto nos pactos internacionais de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

agressões ao meio ambiente, por aqueles outros seres humanos que viviam e vivem atualmente *extramuros* à "mítica" ilha e que forjaram esse "admirável mundo novo", poluído intensamente e ecologicamente degenerado, maltratado.

18. Proibição de excesso e proibição de proteção deficiente de um lado, e, de outro, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e desenvolvimento sustentável, eis os parâmetros deduzidos da disciplina constitucional e referentes à problemática atuação jurisdicional no deslinde de causas afetas a esse interesse difuso.

19. Nesse particular, conjugando esses imperativos, veio a lume a Lei 9.099/95, inteiramente sensível ao princípio da ofensividade e aberta à Justiça consensual e isso, ao contrário da trama "canhões *versus* estilingue", delineada no *decisum*, é o instrumento jurídico-penal aplicável na seara ambiental, sempre com vistas ao objetivo último da lei ambiental que é a reparação do dano, inclinada à educação ambiental, destinada, indistintamente, ao homem de letras e ao inculto.

20. Aliás, era preferível a educação ambiental que alguns juízes proporcionam nas transações penais – e aqui censuramos o fornecimento de cestas básicas como encargo do sujeito que viola a lei ambiental, até porque, onerosa ao denunciando, visto que procurava no mar, em desacordo com a lei penal e ausente situação de conflito social, sustento para si e para sua família – como prestação de serviços, por tempo abreviado, em locais de manejo ambiental.

21. Noutro lado, no que se refere especificamente à fauna (ictiológica ou não), *"houve uma preocupação do legislador brasileiro no sentido de não só proteger os animais em virtude de sua função ecológica ou sua utilidade econômica, mas também em virtude da sensibilização perante a vida, seja ela humana ou não humana. Nesse sentido, andou bem o legislador quando estabeleceu que a fauna deve ser protegida, vedando-se práticas que submetem os animais à crueldade"*.[8]

22. Isso se constata com facilidade a partir da leitura dos tipos previstos na sobremencionada Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais). A título de exem-

8. Ibid.

plo da corroboração da visão antropocêntrica alargada, o art. 32 do referido diploma incriminador considera ser ilícito penal a prática de ferimento ou mutilação de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Também incriminou, no § 1.º do mesmo dispositivo, a realização de experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. Por fim, também calha como exemplo da adoção do antropocentrismo alargado a previsão típica do art. 34 da mesma lei (imputada ao recorrido no caso em tela), que veda a pesca em período no qual seja proibida ou em lugares interditados.

23. Disso também decorre a impossibilidade de quantificação do dano ambiental, mormente porque, especificamente no campo da fauna, a tutela penal não considera mais a representatividade econômica (para o homem – antropocentrismo clássico) do objeto material do crime, mas, sim, o fato de ter sido eliminada uma vida não humana integrante do ecossistema equilibrado.

24. A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem corroborado os anseios do constituinte originário e do legislador infraconstitucional, afastando a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em delitos ambientais:

"Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia. Crime ambiental. Pesca em período proibido e predatória. Art. 34, II, da Lei 9.605/98. Princípio da insignificância. inaplicabilidade.

1. A pesca em período proibido e predatória descrita na segunda parte do inciso II, do art. 34, da Lei 9.605/98, independe da quantidade de espécies aquáticas apreendidas, sendo inaplicável o princípio da insignificância, tendo em vista que o dano ambiental não pode ser quantificado, considerando, tão-somente, o número de espécimens da fauna ictiológica efetivamente apreendidos. O dano decorre da pesca realizada como uma intervenção humana indevida e inapropriada, em período de migração para fins de reprodução de espécies aquáticas e realizada com rede muito fina, o que caracteriza pesca predatória.

2. Materialidade e indícios suficientes de autoria configurados nos autos.

3. Recurso em sentido estrito provido, para o fim de receber a denúncia."

(TRF 4ª Região – 7ª T. – RSE – 200071050016007/02 – RS – rel. juiz José Luiz B. Germano da Silva – *DJ* 25.09.2002-p.799).

25. Ao comentar o acórdão citado, os já referidos autores consignaram a seguinte observação:

"Do acórdão, extrai-se interpretação que adota a visão antropocêntrica alargada ao considerar que a utilização de redes com a malha muito fina para pesca em período resguardado à "piracema" concretizou o tipo penal descrito no art. 34, parágrafo único, II, da Lei 9.605/98, sem a necessidade da apreensão de grandes quantidades de peixes, vez que a lei não exige resultado específico, mas simplesmente proíbe certas condutas que coloquem em risco a fauna e o equilíbrio ecológico, em perfeita consonância com o basilar princípio ambiental da precaução. Trata-se da correta compreensão da interdependência entre os elementos da natureza. Nesse sentido, andou bem o julgador ao considerar que as condutas lesivas ao meio ambiente, como a descrita na denúncia – pesca em período proibido e predatória – são penalmente relevantes, independentemente da quantidade de peixes pescados pelos agentes. Isso porque não se pode pretender quantificar o grau de lesividade ao meio ambiente a partir do número de espécies apreendidas, em se tratando de pesca predatória e em período de migração de peixes, com a finalidade de reprodução. Nesse contexto, a intervenção humana é indevida e inapropriada, causando dano ambiental. No caso em exame, não se mensura o dano ao meio ambiente apenas pela quantidade de peixes apreendidos, pois, assim, não exige a lei e o dano decorre da intervenção no importante período para as espécies da fauna ictiológica (período da piracema), bem como pelo meio utilizado, uma rede muito fina, caracterizadora da pesca predatória."[9]

26. No mesmo sentido, ainda pode-se citar:

"Processo penal. Crime contra a fauna. Pesca de arrasto. Art. 34, da Lei 9.605/98. Portaria N-051/93. Estado de necessidade. Inocorrência. Princípio da insignificância.

9. Ibid.

1. Demonstrado nos autos que o acusado praticou pesca de arrasto em local proibido, crime previsto no art. 34, II da Lei 9.605/98 e suplementado pela Portaria Ibama N-051/83, mesmo após reuniões para comunicar aos pescadores a mudança na legislação da pesca, imperativa é a sua condenação.

2. Se o estado de necessidade não restou caracterizado nos autos, tornasse impossível a exclusão da ilicitude dos delitos praticados.

3. Inaplicável ao caso o princípio da insignificância, pois tal tese não se aplica ao caso, uma vez que põe em risco a preservação do meio ambiente."

(TRF 4ª Região – Apelação Criminal 2000.04.01.016003-6/SC Relator: Des. Federal Vladimir Freitas, 05.03.2001)

27. No caso específico dos autos, deve-se observar que o recorrido foi flagrado pela fiscalização quando "*pescava no mar com rede de pesca dentro de área proibida.*" (fl. 07 dos autos). Diante do referido fato, pouco importa a quantidade de peixes pescados ou mesmo a circunstância de, devido à ação eficaz da fiscalização, nenhum peixe ter sido encontrado em poder do recorrido, sendo certo que o tipo penal imputado não exige resultado naturalístico.

28. Não há, pois, que se falar em atipicidade material da conduta imputada.

29. Noutro aspecto, os autos estão a denunciar tratar-se de pessoa de humilde formação, daí porque, conquanto não caiba, em tema de meio ambiente, o reconhecimento da bagatela, poder-se aplicar o erro de tipo permissivo doutrinariamente chamado de erro eclético.

30. Deduzimos que o ato de pesca, levado a efeito, dava-se para propiciar o sustento de necessidade vital do sujeito, e nesse aspecto a situação justificante identifica-se com princípios sociais subjacentes ao comportamento humano; noutra banda, não é crível que o sujeito, manejando rede de pesca, de difícil utilização manual, não a fizesse extrapolando um desejo mais ou menos imediato, inafastável, derivado de uma fome devoradora, razão pela qual supunha permitida a conduta proibida.

31. Longe de adesão à jurisprudência sentimental, forma original de Direito livre e ilustrativa dos julgamentos do *bom juiz* de Magnaud,[10] a aplicação da causa de exclusão de culpabilidade encontra fundamento em política criminal e dogmática penal, e aparta a situação específica do denunciando daqueles que em flagrante desrespeito à lei penal utilizam de petrechos proibidos, tal como a rede apreendida, em época proibida pelo órgão fiscalizador, com clara finalidade de mercancia ilícita.

32. Acerca da matéria esposada, Bitencourt leciona que "Quando o objeto do erro for pressuposto de uma causa de justificação, afirma-se, ocorre erro de tipo permissivo. Com efeito, há efetivamente um misto de erro de tipo e erro de proibição indireto, com estrutura parecida com o erro de tipo, mas consequência semelhante ao erro de proibição".[11]

33. Nesse sentido, ante a fundamentação invocada, merece ser reconhecida a causa de exculpação denominada erro eclético, dada a peculiaridade do fato sob comento, afastada a hipótese de atipicidade material, tendo em vista a inaplicação do princípio da insignificância em matéria ambiental, não obstando, noutra banda, o reconhecimento de causas legais de justificação – *v.g.* estado de necessidade – ou causas de exclusão da culpabilidade, aliás hipótese ajustável ao caso sob comento.

III

Diante do exposto, opina o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso interposto.

Porto Alegre, 09 de setembro de 2005.

10. *In* Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15ª ed., Forense, p. 83 e ss.

11. Cezar Roberto Bitencourt, *Código Penal Comentado*, Editora Saraiva, p. 72.