

Revista Justiça e Sistema Criminal

Modernas Tendências do Sistema Criminal

FAE Centro Universitário

Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus

Presidente
Frei Guido Moacir Scheidt, ofm
Diretor Geral
Jorge Apóstolos Siarcos

Centro Universitário Franciscano do Paraná

Reitor da FAE Centro Universitário e Diretor Geral da FAE São José dos Pinhais

Pró-Reitor Acadêmico
Frei Nelson José Hillesheim, ofm

Diretor Acadêmico
André Luis Gontijo Resende

Pró-Reitor Administrativo
Régis Ferreira Negrão

Diretor de Campus – FAE Centro Universitário, Campus Centro
Julio Kiyokatsu Inafuco

Diretor de Campus – FAE Centro Universitário, Campus Cristo Rei
Carlos Roberto de Oliveira Almeida Santos

Diretor Acadêmico da Faculdade FAE São José dos Pinhais
Wagner Rodrigo Weber

Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu
Gilberto Oliveira Souza

Coordenador dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu
José Henrique de Faria

Secretário-Geral
Eros Pacheco Neto

Diretor do Instituto de Ciências Jurídicas
Sérgio Luiz da Rocha Pombo

Ouvidoria
Samar Merheb Jordão

Diretor de Relações Corporativas
Paulo Roberto Araújo Cruz

Editor

Paulo César Busato

Coordenação Editorial

Ana Maria Ovçar Alves Ferreira (coordenadora editorial)

Edith Dias (Normalização)

Zeni Fernandes (Revisão de Linguagem)

Ewerton Diego Oliveira da Silva (Editoração FAE Centro)

Bráulio Maia Junior (Editoração FAE Centro)

Capa Officio Design

Coordenadora do Curso de Direito

Aline Fernanda Pessoa Dias da Silva

Coordenador do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal

Paulo César Busato

Pesquisadores do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal

Alessandro Bettega Almeida

Alexandre Ramalho de Farias

Alexey Choi Caruncho

Danyelle da Silva Galvão

Eduardo Sanz de Oliveira e Silva

Gabriela Xavier Pereira

Leandro França

Luiz Henrique Merlin

Marlus Heriberto Arns de Oliveira

Noeli Battistella

Paulo César Busato

Rodrigo Jacob Cavagnari

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães

Sílvia de Freitas Mendes

Sívio Couto Neto

Tatiana Sovek Oyarzabal

Conselho Editorial e Consultivo

Alfonso Galán Muñoz, Dr. (Universidad Pablo de Olavide)

Ana Cláudia Pinho, Msc (UFPA)

Carlos Roberto Bacila, Dr. (UFPR)

Carmen Gomez Rivero, Dra. (Universidad de Sevilla)

Cezar Roberto Bitencourt, Dr. (PUC - Porto Alegre)

Eduardo Sanz de Oliveira e Silva, Msc (FAE, Unicuritiba)

Elena Nuñez Castaño, Dra. (Universidad de Sevilla)

Fábio André Guaragni, Dr. (Unicuritiba)

Francisco Muñoz Conde, Dr. (Universidad Pablo de Olavide)

Geraldo Prado, Dr. (UERJ)

Gilberto Giacóia (Fundinopi)

Jacinto Néelson de Miranda Coutinho (UFPR)

Juarez Cirino dos Santos (UFPR)

Luiz Henrique Merlin, Msc (FAE)

Marcus Alan de Melo Gomes, Dr. (UFPA)

Mauricio Stegemann Dieter, Msc (FAMEC)

Paulo César Busato, Dr. (FAE, UFPR)

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães, Msc (FAE, Unicuritiba)

Sérgio Cuarezma Terán, Dr. (INEI)

Circulação

Indexação

Outubro de 2010

Distribuição

Comunidade científica: 300 exemplares

Revista Justiça e Sistema Criminal.
nº 1, v. 2, jul.-dez. 2009
Curitiba.
v. 28cm.

Semestral
ISSN 2177 - 4811
1. Direito penal - Periodica
I. FAE Centro Universitário

CDD 341.5

Os artigos publicados na Revista Justiça e Sistema Criminal são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões neles emitidas não representam, necessariamente, pontos de vista da FAE Centro Universitário.

A Revista Justiça e Sistema Criminal tem periodicidade semestral e está disponível em www.sistemacriminal.org

Endereço para correspondência:

FAE Centro Universitário – Núcleo de Pesquisa Acadêmica
Rua 24 de Maio, 135 – 800230-080 – Curitiba.PR- Tel.: (41) 2105-4093.

Apresentação

Chegamos ao segundo volume de nossa Revista Justiça e Sistema Criminal. O Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal segue em plena atividade, com reuniões periódicas de alta efetividade e uma constante produção científica cujo espelho é exatamente esta Revista.

Mantendo o perfil do primeiro número, desta feita o leitor volta a ser contemplado com uma seção internacional, onde figuram um artigo do professor Francisco Muñoz Conde, da Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha, onde se discutem os limites entre justificação e exculpação a partir de diferenças conceituais de origem associada à perspectiva filosófica da linguagem; um artigo do professor Tomás S. Vives Antón, catedrático da Universidad de Valencia, Espanha, em que se faz uma profunda análise da crise dogmática da culpabilidade e um artigo de um dos mais brilhantes criminalistas da nova geração argentina, o Professor Gabriel Ignacio Anitúa, da Universidad de Buenos Aires, onde se contrapõe os princípios que orientam as garantias fundamentais do sistema penal à política criminal autoritária vigente.

As relações do Grupo de Estudos com outras escolas nacionais também aparece muito bem representada na seção nacional de autores convidados, através do artigo do renomado professor Nilo Batista, que coordena um dos mais importantes centros de estudo criminológico do Brasil, o Instituto Carioca de Criminologia, texto que foi a aula inaugural do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, fazendo uma contundente crítica à teoria da imputação objetiva.

Complementando o volume, a intensa produção do Grupo de Estudos, com artigos focados nas modernas alterações legislativas e nas tendências político-criminais do Brasil. Assim, figuram um artigo de autoria de Paulo César Busato, sobre a posição do Juiz e do Promotor de Justiça no processo penal pós reformas pontuais; outro, em que o mesmo autor divide com o pesquisador e Promotor de Justiça Alexey Choi Caruncho as preocupações com o estabelecimento de critérios para a aplicação forense do princípio de intervenção mínima; um trabalho de fôlego do Prof. Rodrigo Regniér Chemim Guimarães onde este aborda com profundidade a questão dos sistemas processuais penais; um artigo do Prof. Jacson Zilio, também pesquisador e Promotor de Justiça em que se discute as políticas criminais da modernidade; um artigo da Prof. Sílvia de Freitas Mendes, pesquisadora do grupo, discutindo os perfis das tendências dogmáticas pós-finalistas e sua associação com os fins da pena; e, finalizando, o artigo intitulado *Justiça Globalizada*, da acadêmica do 4º ano do Centro Universitário do Franciscano, Andréa Bertholdi em companhia da pesquisadora Gabriela Xavier Pereira, tratando dos efeitos da globalização sobre a governabilidade da justiça penal.

Assim, novamente o leitor tem nas mãos um trabalho de intensa elaboração, que pretende ser mais um instrumento para contribuir na evolução da ciência penal brasileira e internacional.

Paulo César Busato.



Índice

1. Doutrina Internacional:

Um caso limite entre justificação e exculpação: a legítima defesa putativa <i>(Francisco Muñoz Conde)</i> _____	7
O Princípio da culpabilidade <i>(Tomás S. Vives Antón)</i> _____	35
Los principios constitucionales para una política criminal del estado social y democrático de derecho <i>(Gabriel Ignacio Anitúa)</i> _____	65

2. Doutrina nacional:

Imputação para principiantes (brasileiros) <i>(Nilo Batista)</i> _____	85
De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório <i>(Paulo César Busato)</i> _____	103
O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima <i>(Alexey Choi Caruncho e Paulo César Busato)</i> _____	127
Ensaio em busca dos sistemas processuais penais <i>(Rodrigo Régner Chemim Guimarães)</i> _____	145
O discurso penal contra o inimigo: o novo já nasce velho <i>(Jacson Luiz Zilio)</i> _____	183
Crítica à estabilização da norma como missão do direito penal e função da pena <i>(Silvia de Freitas Mendes)</i> _____	207
Justiça globalizada: entre a crise do estado-nação e a emergência da regulação supranacional <i>(Andréa Bertholdi e Gabriela Xavier Pereira)</i> _____	219



UM CASO LIMITE ENTRE JUSTIFICAÇÃO E EXCULPAÇÃO: A LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA*

A LIMIT CASE BETWEEN JUSTIFICATION AND EXCULPATION: THE PUTATIVE SELF-DEFENSE

Francisco Muñoz Conde**

RESUMO

O artigo trata de discutir os limites de justificação e exculpação tomando por base a hipótese de legítima defesa putativa, socorrendo-se do postulado de razoabilidade, de larga utilização no direito anglo-americano, comparando-o com as soluções oferecidas pela dogmática tradicional. Segue-se análise da postura jurisprudencial espanhola sobre o tema.

Palavras-chave: Legítima defesa putativa. Exculpação. Justificação.

ABSTRACT

The paper aims to discuss the limits of justification and excuses building on the hypothesis of putative self-defense, bailing from the postulate of reasonableness, widely used in Anglo-American law, comparing it with the solutions offered by traditional dogmatic. The following is the analysis of case-Spanish stance on the issue.

Keywords: Putative self-defense. Excuses. Justification.

* Tradução da versão espanhola de María Verónica Yamamoto, cotejada com a original publicada na **New Criminal Law Review**, v.2, n. 4, p. 590-614. Fall 2008. ISSN: 1933-4192, electronic ISSN: 1933-4206.

**Catedrático de Direito Penal da Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha. Uma parte deste artigo foi traduzida ao inglês por Luis E. Chiesa, Professor Associado de Direito Penal da Pace University de Nova Iorque. Estou em dívida com Luis Chiesa por ter me ajudado a preparar a versão em inglês e por suas valiosas sugestões. O texto da versão inglesa foi apresentado como palestra no Symposium sobre Vitimologia que teve lugar na Pace University em abril de 2008. A presente versão, traduzida ao português por Jacson Luiz Zilio, doutorando de Direito Penal e Promotor de Justiça do Estado do Paraná, dedica-se, em emocionada lembrança, ao grande penalista chileno Juan Bustos Ramírez.

1 INTRODUÇÃO AO PROBLEMA: A DISTINÇÃO ENTRE JUSTIFICAÇÃO E EXCULPAÇÃO E ENTRE ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO

Às vezes aos problemas de linguagem se somam equívocos provenientes de diferenças conceituais de natureza filosófica. Assim, por exemplo, ainda que os termos legais possam se prestar à tradução, os equívocos entre juristas criam obstáculos para a harmonização das culturas jurídicas. Um exemplo disso pode-se ver em um par conceitual dos termos alemães “Rechtfertigung” e “Entschuldigung”, que se podem traduzir com bastante clareza ao inglês como “justification” e “excuse” e ao espanhol como “justificación” e “exculpación”. Não obstante, dois juristas ingleses destacam que “quando o marco conceitual é claro pode ser de utilidade como modelo, mas se observamos minuciosamente podemos encontrar que seus elementos se sobrepõem entre si de uma forma que prejudica, em última instância, a clareza analítica que a doutrina aspira”¹. Sem embargo, George P. Fletcher e Albin Eser ressaltam a utilidade desta distinção como base para uma teoria geral de Direito Penal que seja aplicável, em princípio, a todas as culturas jurídicas².

Desde logo, esta distinção permite ilustrar bastante bem a distinta natureza das eximentes da responsabilidade penal.

As causas de justificação correspondem à juridicidade de uma conduta que nominalmente quebra a ordem jurídica. Nelas se incluem a legítima defesa, o estado de necessidade, o consentimento e o uso da força para fazer cumprir os preceitos jurídicos. Ninguém tem direito a se defender frente um ato justificado e, assim mesmo, os terceiros estão autorizados a colaborar com o que atua justificadamente.

As causas de exculpação, como a demência, a intoxicação involuntária, a erro de proibição, implicam somente na ausência de responsabilidade pessoal coação ou o do autor pelo ato ilícito³.

¹ LACEY Nicola; WELLS Celia, **Reconstructing criminal law**: critical perspectives on crime and the criminal process, 2nd. ed., 1998, p. 53. Em geral, os juristas ingleses estão contra esta distinção. Veja-se, por exemplo, SMITH, J. C., **Justification and excuse in the criminal law**, 1989; também SMITH J. C.; HOGAN Brian. **Criminal law**, 7th. ed. 1992, p.187-88) e JEFFERSON Michael, **Criminal law**, 6th. ed. 2003 (“a distinção é um instrumento para a análise”).

² Veja-se, em geral, ESER Albin & FLETCHER George, **Justification and excuse**: Comparative Perspectives, 1987; id., Introduction, p. I-13.

³ Acerca desta distinção no direito penal anglo-americano, veja-se, em geral, DRESSLER Joshua, **Understanding criminal law**, 4th. ed. 2006, p.221-32 e especialmente FLETCHER George P. , **Basic concepts of criminal Law**. Tradução ao espanhol de MUÑOZ CONDE, Francisco, 1998, p. 73-92 **Conceptos básicos de derecho penal**, 1997); Rethinking criminal law, 1978, p. 799-800; The right and the reasonable, n. 98, 1985. **Harvard Law Review**, n. 949 (assim como também ESER & FLETCHER, supra nota 2, 68-119. Tradução ao espanhol de Paulo Busato & Francisco Muñoz Conde. **Lo justo y lo razonable**, 2006).

Alguns sistemas penais, particularmente o alemão e o espanhol, desenvolvem esta distinção como algo fundamental para explicar os elementos básicos da responsabilidade jurídico-penal. As coisas complicam-se, porém, quando se pensa na questão de como resolver os casos da chamada justificação putativa, isto é, os erros acerca dos elementos fáticos concorrentes na justificação. A forma de tratamento desta classe de erros é bastante discutida tanto na teoria, como na prática.

O Código Penal espanhol de 1995 não contém uma regulação legal do problema. Alguns sistemas como o francês e o anglo-americano, que mostram pouca preocupação em elaborar a distinção entre justificação e exculpação, bem como em explorar suas implicações, tratam a *justificación* putativa como uma autêntica causa de justificação. Neste sentido, o Código Penal Modelo norte-americano tem adotado a posição de que a legítima defesa putativa deve ser tratada da mesma forma que a legítima defesa real: se o autor crê que está sendo atacado ou que o emprego da força é imediatamente necessário para repelir o ataque, então o uso da força estará justificado⁴. Esta é também a postura tradicional assumida pelo Tribunal Supremo espanhol⁵. Por sua vez, tanto a jurisprudência como a doutrina científica alemãs sustentam que a justificação putativa nega o dolo e, por analogia, aplicam as regras do erro de tipo⁶ aos erros que versam sobre os elementos fáticos da justificação. Ao contrário, para Fletcher, nos casos de justificação putativa, quando o erro é razoável, o correto é considerá-los como casos de exculpação⁷. Desta forma, a agressão do defensor putativo continua sendo antijurídica e é possível assim mesmo conceder a terceiros o direito a se defender de alguém que erroneamente crê, razoável ou irrazoavelmente, que é vítima de uma agressão.

Em minha opinião, o modelo de “uma pessoa razoável na posição de autor” é um elemento do conceito de injusto ou ilicitude e deve ser utilizado para resolver não somente os problemas que se apresentam nos casos de tentativas inidôneas, senão também nos que concorre uma justificação putativa⁸. A estratégia deste argumento consiste, como disse Kent Greenawalt, em deslocar o eixo de análise: da questão acerca de se está justificada a

⁴ Veja-se Fletcher. **Basic concepts**, supra nota 3, 88, 161-62.

⁵ Veja-se infra, seção V.

⁶ Veja-se §16 StBG (Código Penal alemão).

⁷ Veja-se Fletcher. **Basic concepts**, supra nota 3, 90-91.

⁸ Veja-se, por exemplo, Francisco Muñoz Conde, **Universalizing Criminal Law**, n. 39. 2004, p. 951-53; Francisco Muñoz Conde; Mercedes García Arán, **Derecho penal: parte general**, 2007, p.312-15 (em relação à distinção entre “delito impossível” e “tentativa”, 420); e MUÑOZ CONDE, Putativ Notwehr. in Bausteine des europäischen Strafrechts, em Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, 213-27 (versão espanhola: ¿“Legítima” defensa putativa?: un caso límite entre justificación y exculpación. In: **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal**. Barcelona: M. Bosch, 1995, p. 183-204. Libro Homenaje a Claus

invasão nos interesses da vítima, para outra questão: a de se o risco que o autor assumiu sem considerar o impacto na vítima foi razoável e, em consequência, justificado⁹.

Esta postura não significa que o único requisito para que a justificação prospere seja a crença subjetiva baseada na boa-fé do autor, mas sim que as crenças subjetivas e consequentes reações do autor devem ser avaliadas à luz do modelo comunitário objetivo de razoabilidade. Este modelo consiste, portanto, numa avaliação “híbrida” que realiza-se em dois passos¹⁰. Em um primeiro passo, o exame requer que o autor acredite que os elementos fáticos da justificação realmente estejam presentes (uma agressão em casos de legítima defesa, um risco para a vida ou a integridade física da mulher nos casos de aborto permitido, o consentimento da mulher nos casos de violação, autorização legal para prender e reter o suspeito nos casos de prisão policial). O segundo passo consiste em verificar que esta crença se corresponda com o que uma pessoa razoável crê sob as mesmas circunstâncias. Apenas se a análise supera satisfatoriamente ambos os passos, os modelos subjetivo e objetivo, pode-se considerar que a ação está justificada. O direito de defesa da vítima, que Fletcher considera incompatível com esta postura¹¹, pode ser admitido tanto como um estado de necessidade excludente de responsabilidade ou como uma causa de justificação, mas, em todo caso, como uma causa de justificação de diferente natureza da causa de justificação que o defensor putativo pode aduzir. Quando Fletcher sustenta que “as pessoas podem atuar equivocadamente, mas a esfera de seu erro pode ainda estar no âmbito das alternativas razoáveis”¹², poderíamos perguntar: por que não também no âmbito de alternativas justificadas?

Para alguns autores esta postura em torno da justificação putativa nos casos de erros razoáveis, nega a distinção básica entre justificação e exculpação¹³. Contudo, em minha opinião, esta postura mantém estas duas categorias como princípios elementares de uma análise estruturada da responsabilidade jurídico-penal. Não se olvide que a decisão acerca de se uma pessoa está justificada não é puramente uma questão teórica que pode (ou deve) ser solucionada mediante o recurso aos modelos perfeitos de conduta que são inacessíveis. Em este sentido, como Greenawalt acertadamente tem sustentando, “o direito

⁹ Veja-se GREENAWALT, Kent. The perplexing borders of justification and excuse. **Columbia Law Review.**, n. 84, 1984.

¹⁰ Veja-se FLETCHER, **A crime of self-defense**, 1988. p, 42.

¹¹ Veja-se, em geral, FLETCHER. **Basic concepts**, supra nota 3, p. 89-91.

¹² FLETCHER, supra nota 10, p. 40.

¹³ Veja-se, por exemplo: SCHÜNEMANN, Bernd, Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld für das Strafrechtssystem. In: **Coimbra-Symposium für Claus Roxin**, supra nota 8, p. 173; também VALDAGUA María da Conceição S. Notwehr und Putativnotwehr, Bemerkungen zum Referat von MUÑOZ CONDE, in **Coimbra-Symposium für Claus Roxin**, supra nota 8, p. 229; ROXIN, Claus. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2006, p. 662 (veja-se infra).

penal não espera condutas ideais das pessoas”¹⁴. Em consonância, Joshua Dressler tem afirmado corretamente que “todo o que o direito pode esperar de maneira justa (fairly) de uma pessoa é que faça um esforço consciente por determinar o verdadeiro estado de coisas antes de atuar. Se cumpre com isso, ...sua conduta estará justificada, ainda quando o resultado de seu comportamento possa ser trágico”¹⁵.

Ainda em conexão com este tema, não considerarei aqui o problema dos sujeitos que atuam justificadamente sem saber¹⁶. Se X mata a Y ignorando que Y estava a ponto de disparar-lhe, a ação de X é certamente antijurídica. Se bem que o delito em realidade perpetrado constitui uma tentativa mais que um delito consumado, dado que o resultado está justificado, a ação de X não deixa de ser antijurídica. Em qualquer caso, não deveria haver nenhuma dúvida acerca da culpabilidade de X, que atuou com dolo (mens rea) de homicídio¹⁷. Sem embargo, deve-se notar que estes casos de ausência de elemento subjetivo da justificante não têm nada a ver com a legítima defesa putativa, já que, muito além de que esta seja considerada como causa de justificação ou não, não cabe dúvida de que o defensor putativo atua sem culpabilidade.

Como se pode ver, a distinção entre justificação e exculpação é suficientemente importante (e suficientemente complexa) como para merecer um estudo minucioso.

¹⁴ Greenawalt, supra nota 9, 1905.

¹⁵ DRESSLER, Joshua, supra nota 3, p. 232.

¹⁶ Veja-se ALEXANDER, Larry. Unknowingly justified actors and the attempt: success distinction. **Tulsa Law Review**, n. 39, p.851, 2004

¹⁷ Veja-se MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN. **Derecho penal**, supra nota 8, p. 311. Uma opinião diferente pode-se encontrar em ROBINSON, Paul. A theory of justification: social harm as a prerequisite for criminal liability. **UCLA Law Review**, n. 23 p. 226 1975, o qual sustenta que uma conduta delitiva que se leva a cabo em circunstancias que estão legalmente justificadas não é daninha e, portanto, não merece castigo. . FLETCHER , George P, The right deed for the wrong reason: a reply to Mr. Robinson. **UCLA Law Review**, n. 23 p. 293, 320, 1975, rechaça a postura de Robinson destacando que quem ataca uma vítima ignorando que a vítima está por atacá-lo ou a outros, comete um ato antijurídico. Um enfoque particular é defendido por DUFT, R. A. Rethinking justifications, **Tulsa Law Review**, n. 39 p. 842, 2004, (versão espanhola de Luciana dos Santos e Débora López, Sobre las justificaciones, em nueva doctrina penal 2007-A, Buenos Aires, 13), que, nos casos em que concorrem “circunstâncias justificantes ignoradas pelo autor”, distingue entre o “correto e o “justificado”: “Enquanto o direito deveria absolver a alguém que realiza de fato ‘a conduta correta’, ainda que se a leve a cabo por motivos ilícitos ou inclusive sem intenção deveria, por outro lado, condenar a quem realiza uma mera ‘conduta permitida’ sem sabê-la ou por motivos ilícitos (849–50). O problema aqui é, como Duff destaca, “quando podemos e quando não, distinguir “a conduta correta” do “motivo correto”? (Id. 850). Este autor destaca que “correto’ e ‘permitido’ seriam conceitos possíveis –sempre e quando sejam definidos com suficiente claridade e falta de ambiguidade” (841), e esse é justamente o problema que não dá solução. Uma posição extrema é defendida por ALEXANDER , Larry, em **Tulsa Law Review** (supra nota 16, p. 858), quem postula que não é necessário distinguir entre tentativa e delito consumado. Assim, para este autor o castigo deveria ser o mesmo em ambos os casos (denomina sua postura “the attempt-culpability-subjectivist side” p., 859). Em minha opinião, a relevância do sofrimento da vítima no direito penal formula um sério obstáculo a esta opinião. Por certo que distinção entre “tentativa” e “delito consumado” é às vezes uma questão de “sorte”, mas como Fletcher assinala “não podemos explicar adequadamente o motivo pelo qual o dano tem importância, mas é fato que tem” (Fletcher, supra nota 10, 83). No que respeita à relevância da sorte no âmbito da responsabilidade penal, veja-se GOTI, Jaime. Malamud rethinking punishment and Luck, **Tulsa Law Review**, n.39, p. 861, 871-73 2004, e do mesmo autor, **La suerte en derecho penal** (prólogo de Francisco Muñoz Conde, 2008).

Em este artigo me concentrarei em um aspecto, muito debatido e confuso na teoria das justificações penais –as causas de justificação putativa. Este problema vincula-se com as questões concernentes ao modo de tratar os erros nas causas de justificação e, como resultado disso, com os limites entre justificação e exculpação –a chave para compreender a distinção entre antijuridicidade e culpabilidade. Mas, antes disso, intentarei uma breve resenha da discussão acerca da natureza da legítima defesa e sua relação com os casos de estado de necessidade.

2 LEGÍTIMA DEFESA E ESTADO DE NECESSIDADE: A QUESTÃO DA PROPORCIONALIDADE E A CULPABILIDADE DO AGRESSOR EM LEGÍTIMA DEFESA

Em um livro publicado em 1970, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, meu admirado mestre e mentor Claus Roxin destacou que “[a esfera] da antijuridicidade é o âmbito onde se abordam as soluções aos conflitos sociais, o domínio onde ocorrem as colisões entre interesses individuais em pugna ou entre exigências sociais e necessidades pessoais... [em suma, este âmbito] corresponde sempre as regulações socialmente justas de interesses em conflito”¹⁸. Mais ainda, quando Roxin fala de esfera mais que nada está fazendo referência, como é lógico, as causas de justificação -o elemento negativo da antijuridicidade que suscita um campo de batalha no qual, na vida diária, os interesses individuais se enfrentam entre si ou bem com os interesses sociais.

Com o propósito de buscar solução a esta classe de conflitos que não derive somente da aplicação automática de conceitos dogmáticos e concomitantemente que tais soluções sejam adequadas desde o ponto de vista dos objetivos político-criminais, Roxin propôs, no livro antes mencionado, a elaboração de “um número limitado de princípios substanciais que sirvam de guia e que mediante distintas combinações, possam determinar o alcance das causas de justificação, cuja aplicação em casos concretos possa fixar soluções acerca da utilidade ou dano social de uma conduta dada, bem como também sobre a justificação ou a antijuridicidade [da conduta]”¹⁹.

¹⁸ Roxin, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.Aufl., 1970, p. 15 (Tradução ao espanhol e prólogo de MUÑOZ CONDE, Francisco. *Política criminal y sistema del derecho penal*, 1972, p. 40). Tradução do alemão da segunda edição por Francisco Muñoz Conde, 2001.

¹⁹ Id. 26.

Não obstante, é no âmbito da legítima defesa, um tema que Roxin logo dedicou outros excelentes artigos²⁰, onde existe uma necessidade especial de revisar as consequências derivadas de uma aplicação automática de conceitos dogmáticos, que foram elaboradas sem levar em conta considerações políticas, as quais justamente neste contexto têm uma forte conotação social. O direito a legítima defesa é, evidentemente, um direito fundamental do indivíduo, tão elementar e antigo como a condição humana e o instinto de preservação. Sem embargo, nos modernos Estados de Direito, o recurso a legítima defesa deveria ser a exceção mais que a regra e, em qualquer caso, os limites da justificação devem estar demarcados com a maior precisão possível. Tanto neste como em outros temas, as obras dos Professores Roxin na Alemanha e George P. Fletcher²¹ nos Estados Unidos têm exercido grande influência e preponderância. Ambos os juristas têm visto sempre a legítima defesa como uma dessas zonas onde se pode captar imediatamente a aparente contradição entre as soluções que seguem os modelos da dogmática jurídico-penal e aqueles outros derivados de um exame de outras considerações normativas. As lacunas entre estas soluções são mais indesculpáveis neste contexto que em qualquer outro.

Roxin se perguntava, em 1970, por qual razão nos casos de ataques efetuados por crianças ou pessoas mentalmente enfermas, deve-se recorrer aos princípios de “defesa da ordem jurídica contra agressões antijurídicas” para justificar a aplicação da legítima defesa, nas circunstâncias em que a resposta defensiva poderia ter sido prevenida mediante a mera evitação de um confronto inicial com o agressor²². Pois é o Estado e não o indivíduo o único chamado a “defender a ordem jurídica frente a agressões antijurídicas”²³. Mais ainda, a ordem jurídica não necessita ser defendida contra pessoas que não podem se motivar nas normas que infringem, particularmente quando é por essa mesma razão que seus atos não são puníveis²⁴. Estas considerações conduziram Roxin a limitar a legítima defesa recorrendo ao princípio de autoproteção e considerando que o uso da força por

²⁰ Veja-se, por exemplo, **Die provozierte Notwehrlage**, em 75 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1963, p. 541; *Über den Notwehrexzess*, em Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, p.106; *Die “sozial-ethischen” Einschränkungen des Notwehrrechts*, em 93 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1981, p.68. Para um ponto de vista geral desta postura, veja-se do mesmo, *Strafrecht*, supra nota 13, p. 650-719.

²¹ Em relação a Fletcher, veja-se, por exemplo, supra nota 10; *The Right deed for the wrong reason*, supra nota 17; *Proportionality and the psychotic aggressor: a vignette in comparative criminal theory*, 8 **Isr. Harvard Law Review**. p. 367, 1973; *Punishment and self-defense*, 8 *Law & Phil.*, 1989, 201; *Domination in the theory of justification and excuse*, 57 *U. Pitt. L. Rev.*, 553-78. No que se refere à análise recente da legítima defesa no direito internacional de guerra, veja-se. FLETCHER, George P; OHLIN, Jens David. **Defending humanity: when force is justified and why**, 2008.

²² Roxin, supra nota 18, 28.

²³ Roxin, **Die “sozial-ethischen”**, supra nota 20.

²⁴ Id.

indivíduos deve ser proibido, ao menos que a força seja empregada exclusivamente para a proteção pessoal e, inclusive neste caso, estabeleceu limites ao direito de legítima defesa a luz de “considerações éticas e sociais”²⁵.

Mordechai Kremnitzer e Khalid Ghanayim, essencialmente de acordo com estas premissas, formularam num artigo²⁶ recente algumas objeções a opinião de Fletcher de que alguém que mata um agressor não culpável (psicótico) atua em legítima defesa²⁷. Para estes autores, um caso assim enquadra melhor no âmbito do estado de necessidade justificante do que da legítima defesa. Em qualquer caso, deve haver proporcionalidade entre a gravidade do ataque e a reação da vítima do ataque, seja em legítima defesa ou necessidade justificante²⁸. Como examinarei mais adiante neste texto, também no âmbito da legítima defesa putativa afloram as questões vinculadas à interrogante de qual é a melhor solução aplicável: se a legítima defesa ou o estado de necessidade justificante.

3 ALGUNS CASOS DE LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

Começarei com a descrição de cinco casos que servirão de modelo ou ponto de partida para a exposição de minha tese.

Primeiro caso: Antônio, um banqueiro opulento que recebera ameaças de morte e sequestro proveniente de um grupo terrorista, dispara sua arma contra uma pessoa que estava subindo a cerca de seu chalé, pela noite. Resultou que o misterioso escalador era seu filho, que não queria que seus pais soubessem que estava chegando à casa tão tarde da noite.

Segundo caso: em um vagão do metrô de Nova Iorque onde viajam quinze ou vinte pessoas, quatro jovens afro-americanos aproximam-se de um passageiro e lhe pedem cinco dólares. Sem dizer nenhuma palavra, o passageiro, que recentemente em várias ocasiões havia sido assaltado, saca uma arma e dispara cinco vezes, ferindo seriamente um dos jovens.

²⁵ Id.

²⁶ KREMNITZER Mordechai ; GHANAYIM, Khalid. Proportionality and the aggressor’s culpability in self-defense, **Tulsa Law Review**, n. 39 p. 875, 2004.

²⁷ Veja-se FLETCHER, **Proportionality and the psychotic aggressor**, supra nota 21; Rethinking criminal law, supra nota 3, p. 802, 853; Basic concepts, supra nota 3, 143-45.

²⁸ Veja-se KREMNITZER; GHANAYIM, supra nota 26, 887-88: “O estado de necessidade é uma fórmula residual adequada para tratar situações que não são inteiramente apropriadas para a legítima defesa”. Assim também, FLETCHER. Basic concepts. supranota 3, p.145) admite: “Se comprova que a natureza antijurídica do ataque, seja o que provém de um psicótico ou de um autor imputável, não é um fundamento convincente para a legítima defesa, então o estado de necessidade poderia ser o melhor caminho para justificar o uso da força contra um agressor psicótico”.

Terceiro caso: Luis, proprietário de um supermercado que recentemente em várias ocasiões havia sido assaltado, observou um homem jovem entrar em seu estabelecimento justo antes da hora de fechar. O jovem era extraordinariamente parecido com uma das pessoas que lhe havia atacado no passado. Nervoso, temeroso e acreditando que estava por ser atacado mais uma vez, Luis empunhou sua arma e disparou ao jovem, causando-lhe lesões graves. Resultou que o jovem havia se esquecido de comprar vários produtos que necessitava para preparar o jantar.

Quarto caso: três jovens aspirantes a toureiro decidem uma noite ir a um rancho perto para praticar com um par de touros pertencentes a um rico vizinho proprietário de gado. Depois de saltarem a cerca e justo antes dos jovens intentem separar um casal de touros do rebanho, foram descobertos pelo vigilante noturno da estância. Seguindo as ordens de seu patrão e acreditando que estava atuando em defesa da propriedade, o vigilante, sem alertar aos três jovens, disparou-lhes à curta distância, matando a todos.

Quinto caso: um simulacro de roubo armado que se levou a cabo sem prévio aviso ao departamento de polícia local, causou alarme em um edifício. Vários agentes policiais empunharam suas armas num intento de repelir o suposto ataque. No meio da confusão, um policial saiu para a rua, em frente ao edifício, para proteger a duas crianças que estavam passando pela área. No intento por protegê-las, o policial disparou sua arma, causando sérias lesões a um dos supostos assaltantes.

Em cada um destes cinco casos alguém que tem motivos para crer que está por ser atacado –e que talvez seja vítima de um homicídio- emprega força contra uma pessoa que não é realmente um agressor. Estas suposições dão lugar ao que alguns juristas denominam o problema da “legítima defesa putativa”, isto é, a força defensiva empregada para repelir uma agressão imaginária que é objetivamente inexistente.

Como aproximação inicial ao problema, podemos adiantar a seguinte tese: o emprego da força por alguém que se defende contra uma agressão que somente existe na sua mente não pode estar justificado. As causas de justificação ou de conformidade ao direito são um fenômeno objetivo. As simples crenças não podem gerar eximentes por justificação, se bem que podem conduzir a uma exculpação ou pelo menos a atenuação da responsabilidade penal da pessoa que atuou baseada em suas crenças. Portanto, o suposto agressor, que é na verdade uma pessoa inocente que está sendo atacada por um defensor putativo, tem direito de defender-se do ataque daquele que erroneamente lhe tomou por agressor. Em suma: tanto o defensor putativo como o suposto agressor podem ser eximidos de pena. A absolvição no caso do defensor putativo estaria baseada em seu erro razoável e bem fundado. Ao contrário, no caso do suposto agressor, a absolvição basear-se-ia numa causa de justificação.

Por certo que nos casos de legítima defesa putativa ocorre um curioso intercâmbio de papéis: enquanto que o suspeito agressor (erroneamente considerado como tal) poderia terminar defendendo-se legitimamente de uma real agressão; o defensor putativo (que equivocadamente crê estar empregando força contra um agressor ilegítimo) pode terminar recebendo a resposta defensiva do falso agressor. Assim, paradoxalmente, ambos podem resultar isentos de responsabilidade jurídico-penal, ainda na hipótese de que mutuamente se infringam graves lesiones.

O problema, não obstante, não reside no fato de que tanto um como outro possam resultar isentos de responsabilidade jurídico-penal, mas sim em determinar se essa isenção de responsabilidade tem o mesmo fundamento e importância hierárquica dentro das diferentes categorias de análise em que se apoia a teoria geral da responsabilidade jurídico-penal.

4 AS TEORIAS

Em estes casos estamos frente ao que os juristas alemães e espanhóis denominam um “erro sobre os elementos objetivos ou fáticos de uma causa de justificação”²⁹. Em um intento de resolver este tipo de casos, a dogmática alemã -e seguindo seus passos a de língua espanhola-, desenvolveram tradicionalmente duas teorias:

- a) A denominada teoria da culpabilidade sustenta que os elementos objetivos de uma causa de justificação (por exemplo, a ilegitimidade de uma agressão nos casos de legítima defesa) constituem uma parte essencial da causa de justificação em si mesma. Deste modo, quando o erro recai sobre estes elementos deve ser julgado da mesma forma que um erro sobre a existência mesma da justificação legal. Consequentemente, esta classe de erros é tratada como uma causa de exculpação que somente afeta a culpabilidade do autor equivocado, mas não a antijuridicidade de sua conduta. Se o erro é inevitável (por exemplo, razoável), considera-se que a pessoa não atuou culpavelmente. Assim, o sujeito que atuou com base em um erro razoável ficará isento de responsabilidade penal.

²⁹ Para uma descrição geral destas teorias, veja-se ROXIN, Strafrecht, supranota 13, p.622-32; MUÑOZ CONDE, **El error en derecho penal**, 1987, 2. ed. 2004; KUHLEN, Lothar. Die Unterscheidung von vorsatzausschliessenden und nichtvorsatzausschliessenden Irrtum, 1987.

Sem embargo, se o erro é evitável (por exemplo, irrazoável), sua culpabilidade é atenuada, mas não totalmente excluída. Logo, o erro irrazoável não exime de responsabilidade criminal, mas sim permite uma atenuação da pena, a luz do erro³⁰.

- b) Contrariamente, a denominada teoria dos elementos negativos do tipo defende a tese de que os componentes objetivos da justificação são elementos negativos do tipo. Portanto, o erro sobre estes elementos deve ser tratado da mesma maneira que um erro sobre os elementos fáticos do fato punível, isto é, como um erro que afeta o tipo subjetivo requerido para a responsabilidade do autor³¹. As consequências desta teoria são as seguintes:
1. Se o erro sobre os elementos objetivos da causa de justificação é inevitável, considera-se que o autor atuou sem o tipo subjetivo requerido para a consumação do delito (por exemplo, dolo ou culpa). Como resultado, a conduta errônea do autor não será considerada ilícita e a vítima desse ataque errôneo não poderá repeli-lo em legítima defesa. Assim, por exemplo, o cliente que recebeu um disparo por parte do proprietário do supermercado, que equivocadamente lhe tomou por um agressor em razão de sua extraordinária aparência física com um assaltante do passado, não poderia repelir o ataque em legítima defesa justificada.
 2. Uma terceira pessoa que coopera de algum modo para repelir ao suspeito agressor, apesar de conhecer o erro, seria também eximida de responsabilidade penal. No caso mencionado mais acima, isto levaria à absolvição do empregado que, por vingança, ódio ou inimizade com o cliente -e ainda sabendo que é o que realmente está ocorrendo- facilita uma arma ao proprietário do supermercado. A absolvição aqui está baseada na natureza acessória da responsabilidade do cúmplice. Dado que o proprietário do supermercado não cometeu nenhum delito porque, em razão de seu erro, falta-lhe o requisito subjetivo, a cooperação do empregado no ato tampouco pode ser considerada criminal.

³⁰ Seu principal defensor é, na Alemanha WELZEL, Hans **Das deutsche Strafrecht**, 11. Aufl. 1969, p. 168, e na Espanha, CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**, 6. ed. 2006, p. 205 (assim também previamente MUÑOZ CONDE, supra nota 29, 52 e 132, ainda que agora com matizes diferentes).

³¹ Uma versão mais moderna desta teoria é a denominada teoria da culpabilidade restringida. Veja-se, por exemplo, ROXIN. **Strafrecht**, supra nota 13, p.626. Na Espanha, uma postura similar é assumida por MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**, 7. ed., 2004, p. 425.

- 3) Ademais, se como resultado do ataque errôneo não houvesse causado nenhum dano ao cliente, o proprietário do supermercado tampouco poderia ser responsável na qualidade de autor de uma tentativa, posto que a tentativa requer a presença de dolo, o que está negado pelo erro. Mais ainda, no caso de que seu erro houvesse evitável, a responsabilidade por tentativa tampouco poderia prosperar, já que os erros irrazoáveis negam o dolo e não é possível a tentativa de um delito culposo.

Naturalmente, as consequências seriam inteiramente diferentes se, como a teoria da culpabilidade sustenta, fosse considerado que os erros sobre os elementos objetivos da justificante não afetam a antijuridicidade do ato nem o dolo do autor. Se os erros dessa natureza não negaram de nenhum modo a antijuridicidade da conduta, no caso antes mencionado, o cliente poderia responder ao ataque do proprietário em legítima defesa, o empregado poderia ser responsável como cúmplice da conduta do autor e, no caso de não haver causado nenhuma lesão, o proprietário seria condenado por uma tentativa de homicídio ou de lesões (morte ou lesões do suposto agressor).

Nos Estados Unidos, Fletcher distingue ao menos três distintos enfoques ao problema da legítima defesa putativa em particular e ao da justificação putativa em geral:

“Um (primeiro) enfoque assimila as causas de justificação putativas as reais; alternativamente, (um segundo enfoque) sustenta que o erro sobre os requisitos da justificante nega o dolo requerido para a comissão do delito; e finalmente um terceiro enfoque da justificação putativa se centra mais em eximir de responsabilidade que em justificar o uso da força”³².

Somente em um número muito reduzido de casos acontece que uma discrepância que é, ao menos em princípio, puramente doutrinal, possa ter tantas consequências práticas, particularmente se nos centramos nos direitos do defensor putativo. Suponhamos, por exemplo, que o erro do defensor putativo foi evitável porque poderia haver percebido da sua falsa representação se houvesse posto mais diligência na tentativa de identificar o suposto agressor. Segundo a teoria dos elementos negativos do tipo, esta classe de erro deveria conduzir, na maioria dos casos, a condenação do defensor putativo por um delito culposo. Contrariamente, conforme a teoria da culpabilidade, os erros evitáveis deveriam levar a responsabilidade do defensor putativo pelo cometimento de um homicídio doloso ou por lesões, não obstante tais erros podem fundar uma atenuação discricionária da pena.

³² Veja-se Fletcher. **Basic concepts**, supra nota 3, p. 88-89.

A favor da última tese pode-se assinalar que, desde uma perspectiva normativa, um erro sobre um elemento objetivo da justificação (por exemplo, a ilegitimidade da agressão) difere de um erro de tipo em relação com alguns elementos objetivos do delito. Como Hans Welzel destacou alguma vez, não é o mesmo matar um ser humano em legítima defesa que matar a uma mosca³³. Nas hipóteses de legítima defesa putativa, o erro sobre um elemento fático –a existência de uma agressão ilegítima, por exemplo- leva a confundir um pacífico cidadão com um agressor perigoso. Desta forma, o que erroneamente crê estar defendendo-se de um ataque, sabe e quer (por exemplo, “tem a intenção de”) matar a outra pessoa –o suposto agressor- ainda que pense que sua conduta está justificada.

As hipóteses de erro sobre os fatos são diferentes. Tomemos, por exemplo, o caso de um caçador que crê que está matando a um animal quando na realidade está matando a outro caçador. Se seu erro era evitável, parece apropriado condená-lo por homicídio culposo, porque realmente o sujeito não sabia que estava matando a um ser humano, nem tampouco o queria (por exemplo, ele não “teve a intenção de” matar a um ser humano). Contrariamente, o defensor putativo que mata ao suposto agressor porque acreditou irrazoavelmente que estava sendo atacado, deveria ser condenado por homicídio doloso consumado, já que sabia que estava matando a um ser humano e queria fazê-lo.

Ademais, ainda que os erros inevitáveis sobre os elementos objetivos da causa de justificação eximam o autor de responsabilidade penal, seja conforme a teoria da culpabilidade seja de acordo com a dos elementos negativos do tipo, a exclusão de responsabilidade não possui o mesmo significado quando é considerada como um erro de tipo (teoria dos elementos negativos do tipo) que quando é tratada como uma causa de exculpação (teoria da culpabilidade). Os erros de tipo inevitáveis conduzem a uma absolvição porque negam o elemento subjetivo requerido para o cometimento do delito. Daí que estes erros permitem a solução do conflito no primeiro nível de análise da teoria do delito: a definição da conduta proibida (sempre que se considere que o dolo e a culpa são elementos subjetivos do tipo). Contrariamente, ainda que a exculpação também gere uma absolvição, a razão da isenção de responsabilidade se funda no fato de que não se pode reprovar o autor, de maneira justa, pela realização da conduta antijurídica. Assim, a exculpação conduz a não punição, apesar de que a conduta do autor realiza tanto os elementos objetivos como os subjetivos contidos na definição do tipo de delito.

Portanto, as justificações putativas em geral e a legítima defesa putativa em particular, não podem ser tratadas da mesma maneira que as causas de justificação reais, que estão

³³ Veja-se WELZEL, Hans, supra nota 30, 81. Um argumento similar pode-se encontrar em FLETCHER, **Basic concepts**, supra nota 3.

baseadas na representação fática objetivamente correta. No primeiro caso (justificação putativa), um erro inevitável conduz à isenção de pena porque nega a culpabilidade do autor, uma categoria que permite resolver o problema sem negar o fato que a conduta do autor comprovou os requisitos do tipo ou que foi antijurídica. No segundo caso (justificação real), a isenção de pena se deduz simplesmente de que a ação realizada pelo autor é conforme o direito, com a qual deixa de ser antijurídica porque se dão tanto os elementos objetivos como o subjetivo de uma causa de justificação.

5 A JURISPRUDÊNCIA TRADICIONAL ESPANHOLA

A jurisprudência espanhola parte da postura descrita mais acima, já que usualmente trata as causas de justificação putativa do mesmo modo que trata os reais casos de justificação, sempre que o erro sobre os elementos objetivos da justificante seja racional e bem fundado (por exemplo, “inevitável” ou “razoável”). Este é em particular o caso no contexto da legítima defesa putativa. Entretanto, se o erro é evitável ou irrazoável, os juízes usualmente declaram a responsabilidade do autor por um delito culposo.

Deixando de lado a última postura (de condenar o autor por um delito culposo quando seu erro foi evitável, a qual coincide com a teoria dos elementos negativos do tipo que antes criticamos), orientamos a atenção ao enfoque anterior que sustenta que as causas de justificação putativa devem ser equiparadas com as reais causas de justificação, sempre e quando o erro do autor sobre a existência dos elementos fáticos da justificante seja racional e bem fundado. Como o jurista espanhol Juan Córdoba Roda destacou alguma vez, segundo a jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, “a crença bem fundada na existência de uma agressão ilegítima levará a comprovar o requisito do ataque, como se realmente houvesse sucedido”³⁴.

Existem vários argumentos subjacentes em este enfoque jurisprudencial. Por um lado, há argumentos de prova que requerem que os juízes centrem sua atenção naqueles fatos ou critérios que possam objetivar-se ou agregar credibilidade às alegações feitas pelos acusados em relação com suas motivações e crenças. Os elementos subjetivos são notoriamente difíceis de provar durante o processo penal, já que os encarregados de investigar e julgar somente podem deduzir e não observar diretamente. Esta dedução

³⁴ Em I Comentarios al Código Penal, 260 (Juan CÓRDOBA RODA, Juan; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, eds., 1972).

deve estar baseada nos fatos ou critérios (indicadores) que possam ser corroborados empiricamente e que tenham aptidão para demonstrar de maneira mais confiável possível o elemento subjetivo que se intenta provar³⁵.

Nos casos de legítima defesa, os indicadores objetivos da agressão ilegítima foram elaborados minuciosamente através da jurisprudência. Assim, na decisão do Tribunal Supremo Espanhol de 11 de março de 1972, estabeleceu-se:

“Quando se trata de avaliar os casos de legítima defesa putativa que são consequência de erros evitáveis e inevitáveis, o juiz deve proceder com extremo cuidado. Ele deve requerer um panorama claro, bem fundado e objetivo da suposição falsa feita pelo agente, que leve em conta seus atributos subjetivos e a realidade das circunstâncias que rodeiam a execução do ato... Em suma, as [circunstâncias que deram lugar] ao erro devem ser demonstradas pelo tribunal mediante referência aos fatos”.

Como consequência disso, os poucos casos em que a jurisprudência tem considerado que a legítima defesa putativa exime de responsabilidade penal, vincularam-se as hipóteses nas quais as experiências prévias do autor (ele ou sua família haviam sofrido ataques similares no passado) ou as circunstâncias que rodeiam o suspeito ataque (por exemplo, sítio escuro e isolado, zona de elevada ocorrência de delitos, avançada hora da noite, a atitude dos supostos agressores) fizeram possível a conclusão de que o autor teve aproximadas razões sólidas para crer que uma agressão ilegítima era iminente.

Assim, diante da existência de estes fatos provados, o Tribunal Supremo espanhol julgou em ocasiões que existiu legítima defesa, não obstante não haver podido corroborar a existência de uma agressão ilegítima, real e iminente. Sem embargo, para poder considerar estes casos como autênticos casos de legítima defesa, o Tribunal requereu que “a crença errônea seja inteiramente racional e bem fundada”³⁶.

6 O MODELO DE PESSOA RAZOÁVEL

Esta postura jurisprudencial do Tribunal Supremo espanhol não é objetável sempre que a natureza “racional e bem fundada” da crença seja utilizada como um critério objetivo com o que julgar a reação defensiva que teve lugar e não como um modelo subjetivo, que permita ao autor criar fatos que não possuem nada a ver com o que realmente ocorreu.

³⁵ Veja-se HASSEMER, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1980. p.170. Tradução espanhola de MUÑOZ CONDE, Francisco; ARROYO ZAPATERO, Luis.. *Fundamentos de derecho penal*, 1984), p. 277.

³⁶ Tome-se, por exemplo, as decisões do Tribunal Supremo espanhol de 26 de maio de 1987 ou de 21 de maio de 2003.

Nesta classe de casos, a total congruência entre a realidade objetiva e a percepção subjetiva é praticamente impossível. Sempre há circunstâncias que são incorretas ou incompletamente percebidas e fatos que os indivíduos mal-interpretam. Como expressa o ditado espanhol, “de noite todos os gatos são pardos”. Inclusive Sancho Panza, que não compartilha nem remotamente às alucinações de Dom Quixote, interpretou como vozes de monstros terríveis e gigantes os ruídos dos moinhos de vento numa noite por demais silenciosa.

Seria absurdo que uma pessoa que necessita atuar com rapidez frente uma iminência de algo que objetivamente parece uma agressão, exija-se que avalie calmo e serenamente todos os critérios objetivos que justificam suas crenças antes de começar a defesa. Não se pode esperar de todos a frialdade de caráter e serenidade que são necessárias para efetuar tal avaliação. Mais ainda, se a pessoa perde demasiado tempo tratando de avaliar os fatos, a resposta defensiva pode perder eficácia em razão de chegar demasiadamente tarde.

Tendo em vista estas considerações, a jurisprudência espanhola nunca exigiu que a agressão fosse consumada por meio de atos que lesionem interesses pessoais do autor. Ao contrário, somente exige a iminência de um ataque, associado com a demonstração de seriedade da ameaça de uma agressão e a racional e bem fundada crença na existência dessa ameaça.

Uma vez mais, como em muitos casos nos quais se trata de estabelecer um modelo objetivo com o qual comparar a conduta de uma pessoa, recorre-se a um critério objetivável do “racional”, ou mais propriamente dito, como os anglo-americanos tipicamente costumam dizer, do “razoável” (*reasonable*), isto é, aquilo que uma pessoa mediana teria feito se tivesse que se enfrentar com as mesmas circunstâncias.

Este modelo é frequentemente empregado em outros contextos, como quando se examina a “razoável previsibilidade” de uma lesão como um modo de analisar se a conduta do autor foi causa próxima de um resultado dado. Também é utilizado para determinar se a conduta do autor foi negligente ou imprudente devido um não cumprimento do dever de cuidado³⁷, bem como para distinguir entre tentativas “inidôneas” não puníveis e tentativas “inidôneas” puníveis³⁸. Mesmo assim, o recurso a razoabilidade é central para eximir de responsabilidade nos casos de emprego legítimo de violência por parte

³⁷ No contexto da “imprudência temerária” ou do “dolo eventual” (*recklessness*), o Código Penal Modelo na Seção 2.02 utiliza a expressão “pessoa respeitosa da lei” (*law abiding person*): “O descuido implica num toco desvio do modelo de conduta que uma pessoa respeitosa da lei observaria na situação do autor”.

³⁸ Veja-se Muñoz Conde, **Universalizing**, supra nota 8, 946 (“Uma tentativa somente pode existir se o ‘homem razoável mediano na situação do acusado’ poderia haver acreditado que os fatos foram como o acusado os representou”).

das forças de seguridade: o uso de força mortal por agentes policiais está justificado se razoavelmente crêem que era necessária para prevenir o cometimento de um delito que ameaçava a vida ou a integridade física de terceiras pessoas. Assim, por exemplo, a Corte Suprema dos Estados Unidos destacou no caso Garner que o emprego de força mortal por um funcionário policial é lícito se “tem motivos suficientes para crer que o suspeito formulou uma ameaça significativa de morte ou de sérias lesões físicas para o funcionário policial ou outros e essa força era necessária para prendê-lo ou prevenir sua fuga”³⁹.

Igualmente o conceito de razoabilidade influencia no que se denomina o “conceito comunicativo de ação”⁴⁰. Esta teoria sustenta que a conduta humana é uma forma de expressão ou comunicação significativa entre seres humanos. De acordo com esta teoria, os juízos de razoabilidade são contextuais. Pense-se, por exemplo, se deveríamos reconhecer como razoável a crença de que alguém está atuando em legítima defesa quando o suposto agressor introduz sua mão no bolso, dizendo, ao mesmo tempo, “vou a matar-te”. A razoabilidade desta crença dependeria do contexto circunstancial do ato e do conhecimento que a pessoa ameaçada tem sobre a reputação e personalidade do suspeito agressor. Talvez a pessoa ameaçada sabe que o suspeito agressor é um assassino mercenário que constantemente leva uma arma no bolso ou talvez que o suspeito agressor

³⁹ Veja-se *Tennessee v. Garner*, 471 U.S. 1 (1985), e o comentário de Dressler, supra nota 3, 302-04. Este foi o tema que se formulou no caso “Rodney King”. Veja-se FLETCHER, **With justice for some**, 1995, p. 57 (tradução espanhola de Juan José Medina Ariza e Antonio Muñoz Aunió, **Las víctimas ante el Jurado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997).

⁴⁰ Baseando-se na filosofia analítica de Wittgenstein, George FLETCHER (**I Grammar of criminal law, American, comparative, International**, 2007, p. 281-83; tradução espanhola de Francisco Muñoz Conde. **Gramática del derecho penal**, 2008) e o jurista espanhol Tomás VIVES ANTÓN **Fundamentos del sistema penal**, 1996 desenvolvem este conceito “comunicativo” de ação. Para uma exploração de este critério e suas conseqüências para a teoria do delito, veja-se Francisco MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luis Ernesto. The Act requirement as a basic concept of criminal law. **Cardozo Law Review**, n. 28, 2461; Kyron Huigens critica esta teoria na sua Introduction, **Cardozo Law Review**, n. 28, 2408; mas Meir Dan-Cohen. Thinking criminal law. **Cardozo Law Review**, n. 28, 2425, coincide com a “teoria da ação comunicativa” de Fletcher: “na interpretação de uma ação... devemos eventualmente alcançar um juízo unitário nos quais os fatores semântico, pragmático e contextual estejam combinados”. Em Espanha, a teoria comunicativa da ação de Vives é defendida por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos **La Concepción significativa de la acción** de T.S. Vives, em I Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, coords., 2001); MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, **Derecho penal**, supra nota 8, 213-15; Paulo César Busato, **Derecho penal y acción significativa**, 2007; RAMOS VAZQUEZ, José Antonio **Concepción significativa de la acción y teoría del delito**, 2008.

está mentalmente enfermo e que costuma ameaçar todo o tempo as pessoas de morte sem realmente querer lesioná-las⁴¹.

Não há nada que objetar a este modelo, sempre e quando parta da base que estabelece um exame objetivo que não intente substituir os fatos reais às percepções subjetivas do autor, ainda quando permite a consideração das circunstâncias que rodeiam sua conduta. Esta objetivação da percepção subjetiva é perfeitamente apropriada e permanece dentro dos limites da objetividade que é necessária para avaliar a presença de elementos fáticos da justificante no caso concreto. Não obstante, a fim de avaliar a razoabilidade da representação subjetiva do autor, este modelo permite certa margem de discricção que, ao mesmo tempo, introduz a possibilidade de arbitrariedade, difícil de controlar para o julgador de fato. Desde o ponto de vista jurídico, atuar razoavelmente não é o mesmo que atuar corretamente. Os juristas americanos, influenciados fortemente pelas noções de “razoável”, introduzidas por Coke e Blackstone, afirmam que perante um problema legal pode haver mais de uma resposta razoável. Para os americanos, como George Fletcher assinalado, a expressão razoável se transformou num espírito de tolerância, desde que “as pessoas possam atuar equivocadamente, mas seus motivos possam ainda permanecer na esfera das alternativas razoáveis”⁴².

Neste sentido, o Código Penal de Nova Iorque⁴³ requer, para que a legítima defesa prospere, que o autor “razoavelmente acredite” que está a ponto de ser vítima de um roubo ou de um homicídio. Este requisito é bastante similar ao da jurisprudência espanhola que, para julgar a validade da legítima defesa, requer que o autor acredite que a iminência da agressão é “racional e bem fundada”. Note-se que em ambos os casos a conduta é considerada justificada sempre que se enquadre dentro da esfera de alternativas razoáveis disponíveis. Uma representação perfeita (por exemplo, não errônea) das circunstâncias relativas ao uso da força, não é requerida.

⁴¹ Veja-se Muñoz Conde; Chiesa, supra nota 40, 2469.

⁴² Fletcher, **The Right and the Reasonable**, supra nota 3; Fletcher, supra nota 10, 40.

⁴³ Citado por FLETCHER, supra nota 10, 9, 35.

⁴⁴ DRESSLER, supra nota 3, 253.

7 RAZOÁVEL PARA QUEM?

Joshua Dressler descreveu as dificuldades que aparecem quando se aplica o “modelo de pessoa razoável” aos casos de legítima defesa, do seguinte modo:

“O direito à legítima defesa representa um compromisso. O direito de legítima defesa não está baseado na realidade objetiva (se o suspeito agressor representa uma ameaça real para a vida do autor), mas tampouco está baseado exclusivamente nas representações subjetivas do autor: uma pessoa somente pode defender-se a si mesmo no caso de acreditar subjetivamente que a força mortal é necessária a tal fim e uma pessoa razoável também acreditaria que é apropriado nessas circunstâncias. El *quid* da questão, pelo menos segundo o que aprecia a jurisprudência, é: quem é a pessoa razoável que se compara ao autor? Ou, um pouco diferente, com que alcance os juízes devem permitir que o jurado, como julgador dos fatos, possa introduzir no modelo de “pessoa razoável” as características do autor ou sua experiência pessoal?”⁴⁴.

Este “modelo de pessoa razoável” propõe, pois, a seguinte interrogante: Em razão de quem devemos recorrer para aplicar o modelo de “razoabilidade”?

Um enfoque subjetivo levaria a considerar que qualquer percepção do autor, sempre que seja uma crença honesta, deveria ser julgada razoável. Este enfoque subjetivo tanto o conceito que a avaliação da razoabilidade fica submetida à valoração do autor: se a conduta pareceu razoável ao autor. Tão alto nível de subjetividade prejudica a eficácia objetiva das normas legais, reduzindo-as a letra morta a res. Ademais, levaria a resultados intoleráveis, já que qualquer um que acredite honestamente que será atacado teria licença para matar ao suspeito agressor, sem importar a racionalidade de sua crença.

Por conseguinte, parece preferível adotar um enfoque objetivo da razoabilidade que justifique a conduta somente quando é compatível com a hipotética conduta que uma pessoa normal e razoável houvesse observado nas circunstâncias do autor. Sem embargo, este enfoque objetivo não pode ser levado ao extremo de não permitir a consideração de qualquer representação subjetiva do autor. Isto implicaria substituir a “pessoa normal” por uma “pessoa hipotética e modelada” que nunca existiu. Por sua vez, quando se avalia objetivamente se a resposta defensiva do autor foi razoável, é difícil não levar em consideração o conhecimento que este tinha sobre os atos passados de violência provenientes do suposto agressor ou sobre sua natureza violenta. Isto foi precisamente o que fez o Tribunal de Apelações de Nova Iorque no caso Miller⁴⁵.

⁴⁴ DRESSLER, supra nota 3, 253.

⁴⁵ Citado por FLETCHER, supra nota 10, 49.

Um enfoque similar foi adotado pelo promotor de justiça no caso Goetz, no qual, ao construir seu caso contra o famoso “vingador do metrô” (“subway avenger”), entendeu que a solução ensejava dos níveis de análises: (1) uma avaliação de se o autor honestamente acreditou que o uso de força era necessário para repelir um ataque e, neste caso, (2) um exame sobre se essa crença era compatível com o que uma pessoa razoável teria tido nas mesmas circunstâncias⁴⁶. Esta análise, assim como a postura do Tribunal Supremo espanhol, é correta sempre que a avaliação da representação subjetiva do autor seja empregada como meio para estabelecer a razoabilidade objetiva da conduta, mas não como fator que exclua uma avaliação objetiva da mesma. Como observa Rodríguez Mourullo, “a questão referente sobre o dever de avaliar a racionalidade da conduta recorrendo à racionalidade do autor como oposta a racionalidade do juiz, foi expressamente decidida pela jurisprudência espanhola a favor da segunda solução⁴⁷.” Em apoio a esta opinião, Rodríguez Mourullo cita a decisão do Tribunal Supremo espanhol de 14 de fevereiro de 1966, na qual se estabeleceu que a proporcionalidade entre a resposta defensiva e a agressão ilegítima impedida “deve ser avaliada de acordo com o juízo que a razão ditaria a um observador imparcial, neste caso, o juiz, e não segundo o juízo subjetivo da pessoa que se comprometeu no ato defensivo”.

Assim concebido, não me oponho a considerar que os casos de legítima defesa putativa nos quais haja uma “crença racional e bem fundada” acerca da existência de um ataque ilegítimo, deveriam ser considerados como uma verdadeira causa de justificação, ainda que posteriormente se comprove que nenhuma agressão teve lugar. A crença subjetiva do autor na existência de uma agressão objetiviza-se por meio do processo judicial, de tal maneira que a transforma num fato legal. Devemos, portanto, considerar que estes casos constituem autênticas instâncias de justificação, com todas as consequências que isso implica. Falar aqui de “legítima defesa putativa” não tem sentido. Logo, desde este ponto de vista, uma brincadeira ou um ataque com uma arma de brinquedo poderia considerar-se agressões ilegítimas, sempre e quando sejam capazes de gerar no defensor putativo uma crença objetiva, racional e bem fundada de que está a ponto de ser atacado.

⁴⁶ Citado por FLETCHER, id. nota 42.

⁴⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo **Legítima defensa real y putativa en la jurisprudencia del T.S.**, 1976, p.68. Acerca da jurisprudência espanhola, veja-se também MAGALDI PATERNOSTRO María José. **La legítima defensa en la jurisprudencia española**, 1976; LUZÓN PEÑA Diego Manuel. **Aspectos esenciales de la legítima defensa**, 1978; REQUEJO CONDE Carmen. **Legítima defensa**, 1998; IGLESIAS RIO, Miguel Angel. **Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa**, 1999.

8 A CRENÇA SUBJETIVA IRRAZOÁVEL DO AUTOR COMO CAUSA DE EXCULPAÇÃO TOTAL OU PARCIAL

A eximente por justificação somente prevalecerá se a conduta do autor satisfaz o modelo objetivo tratado na seção anterior. A representação subjetiva do autor que está por ser atacado, entendida como possibilidade, não pode excluir a objetiva ilicitude de um ato se não é considerada “racional e bem fundada”. O autor assustado ou paranoico que interpreta uma ameaça verbal, um insulto ou um rápido contato físico como uma agressão iminente a sua integridade física pode, desde seu próprio ponto de vista subjetivo, estar atuando em legítima defesa. Sem embargo, esta afirmação é difícil de sustentar se alguém avalia a situação desde um modelo objetivo. Em estes casos, entramos em cheio no domínio da legítima defesa putativa, dado que a realidade da agressão somente existe na mente do autor que acredita estar defendendo-se a si mesmo e um observador imparcial nas mesmas circunstâncias do autor não albergaria tal suposição. Portanto, estes exemplos representam autênticos casos de erros que implicam em discrepâncias entre a realidade e as representações subjetivas que não podem ser resolvidos por meio de uma avaliação objetiva das circunstâncias. Desde a perspectiva do autor, esta classe de erros pode ser inevitável e, assim, exculpável, mas não pode negar a objetiva ilicitude do ato.

Em tais hipóteses, a equiparação entre legítima defesa putativa e uma verdadeira causa de justificação nos levaria a uma subjetivação da antijuridicidade incompatível com a natureza objetiva do conceito. Para estabelecer se um ato antijurídico é indispensável uma avaliação imparcial sobre se a conduta se encaixa aos modelos de conduta juridicamente apropriados. Não realizar este tipo de avaliação objetiva e imparcial da conduta nos conduziria a uma infortunada confusão dos conceitos de antijuridicidade e culpabilidade, que formam, em minha opinião⁴⁸, a pedra angular das modernas teorias da responsabilidade criminal⁴⁹.

De mais a mais, subjetivar a antijuridicidade nos levaria a consequências difíceis de conciliar com nossas intuições, como negar a possibilidade de legítima defesa a vítima de um ataque levado a cabo pelo defensor putativo ou, o que seria ainda mais absurdo, a admitir a possibilidade de legítima defesa justificada contra a legítima defesa justificada, uma contradição flagrante do princípio em geral aceito de que a força defensiva justificável somente pode ser empregada contra uma agressão ilegítima.

⁴⁸ Veja-se MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN. **Derecho penal**, supra nota 8, 307, 350.

⁴⁹ Veja-se ESER; FLETCHER, supra nota 2; DRESSLER, supra nota 3.

Os casos de mulheres maltratadas que matam seus maridos em situações nas quais não existe enfrentamento, para evitar serem submetidas a futuros maltratos, suscitam importantes interrogantes em relação ao modo de determinar a razoabilidade de tais cursos de ação. Parece difícil justificar um homicídio em tais situações, sem confrontação, quando não existe uma ameaça iminente à vida ou integridade física da mulher maltratada. Este é particularmente o caso quando ela teve alternativas disponíveis, como abandonar e denunciar seu marido, buscar a ajuda de instituições dedicadas à assistência de mulheres maltratadas, etc. Por certo, se o estado mental da mulher no momento em que mata a seu companheiro é anormal, devido, por exemplo, a denominada “síndrome da mulher maltratada”, é possível uma exculpação total ou parcial com fundamento na demência, na coação ou na capacidade diminuída de culpabilidade. Além do mais, como consequência da diferença entre justificação e exculpação, se o companheiro dormindo fosse despertar inesperadamente, ele estaria justificado no caso de empregar força para repelir o ataque da mulher, que não deixaria de ser, por demais, exculpada⁵⁰.

Deve-se reconhecer, não obstante, que é muito difícil diferenciar as “crenças racionais e bem fundadas” das “crenças puramente pessoais”. Sem embargo, é importante ressaltar que a diferenciação pode e deve ser feita, da mesma maneira que um pode e deve sempre tratar de distinguir os casos de justificação dos de exculpação. Nos primeiros (casos que compreendem juízos de justificação) devemos comparar o ato executado com o modelo objetivo de razoabilidade e examinar se a conduta ilícita se amolda ou não ao modelo. Nos últimos (casos que compreendem juízos de culpabilidade) devemos entrar mais a fundo na subjetividade do indivíduo a fim de intentar determinar se, no obstante seu fracasso para alcançar os modelos objetivos de razoabilidade, suas circunstâncias pessoais, de caráter ou sua formação psicológica justificam a exculpação total ou parcial, é dizer, uma isenção ou atenuação da pena.

⁵⁰ Veja-se DRESSLER, supra nota 3, 263-65; State v. Norman, 378 S.E. 2d 8, 21 (Caso Judith Norman) e comentário de FLETCHER, supra nota 39, 132; CHIESA Luis Ernesto, Mujeres maltratadas y legítima defensa. **Revista Penal**, n.20 p. 50, 2007. Acerca da situação deste problema no direito penal espanhol, veja-se IGLESIAS RIO, supra nota 47, 421; LARRAURI PIJOAN Elena, **Violencia doméstica y legítima defensa**, 1995.

Ao contrário, nos casos em que a agressão é inexistente *ex post, mas ex ante*⁵¹ pode-se presumir sua existência racional, razoável e objetivamente, devemos concluir que a resposta defensiva do autor cai dentro da esfera de cursos de ação juridicamente aceitáveis. Deste modo, a conduta não deve considerar-se ilícita nem gerar responsabilidade penal ou civil quando o autor defende-se a si mesmo como também quando terceiros venham em sua ajuda.

Sem embargo, nos casos em que *ex ante* se não pode presumir razoavelmente a existência de uma agressão, devemos concluir que a resposta defensiva do autor não constitui um curso de ação juridicamente permitido. Consequentemente, ainda quando possa ser eximido total ou parcialmente de responsabilidade em razão de suas circunstâncias

⁵¹ Esta avaliação “*ex ante*” é aceita pela maioria dos juristas alemães. Veja-se, por exemplo, Claus Roxin, *Strafrecht*, supra nota 13, p. 659, que admite um pleno direito de legítima defesa (*volles Notwehrrecht*) quando alguém mata a outro que lhe está ameaçando com uma arma de brinquedo e o que se defende ignora que a arma é de brinquedo. Não obstante, Roxin, id. 662, não admite legítima defesa, mas sim estado de necessidade, quando alguém, depois de haver examinado cuidadosamente a situação, acredita que está em perigo de um ataque iminente que na realidade não existe (veja-se os casos descritos na seção III deste artigo). Neste caso, Roxin transfere o eixo da avaliação desde o risco que o autor assumiu a invasão na esfera da vítima; pois somente a vítima inocente e não o defensor “putativo” teme direito a legítima defesa. Dessa forma, Roxin evita a contraditória conclusão de que ambas as partes estejam atuando em legítima defesa, ainda que não negue que tanto uma como a outra possam estar justificadas (da mesma opinião é também Maria Conceição Valdagua, supra nota 13). Sem embargo, o problema é que ambas as partes estão igualmente equivocadas e assim surge a questão das justificações incompatíveis. BERGELSON, Vera. Rights, wrongs and comparative justifications, *Cardozo Law Review*, n. 28, 2007, anota: “Em um conflito entre duas justificações incompatíveis, uma parte pode estar mais correta que a outra”. Mas, quem? Para Vera Bergelson, id., “em última instância, a solução poderia inscrever-se no estado de necessidade, o qual, deliberadamente, pode implicar na violação dos direitos de indivíduos inocentes”. O problema é que a vítima inocente não é sempre tão inocente, porque pode haver provocado o erro do defensor “putativo”, por exemplo, mediante uma brincadeira. Em tais casos não vejo por qual razão seu direito tem prioridade sobre o direito do defensor “putativo”. Em qualquer caso, a relação entre o estado de necessidade e a legítima defesa tem sido sempre problemática. Como FLETCHER (**Basic concepts**, supra nota 3, 145) tem dito: “A fronteira futura entre a legítima defesa e o estado de necessidade vai depender em grande parte de quanto importante se mantenham na nossa consciência legal as bases definidas das duas eximentes. O argumento coletivo utilitário para equilibrar os interesses contrapostos está bem garantido no pensamento legal moderno e, portanto, podemos assumir que o estado de necessidade permanecerá como um argumento poderoso. O interrogante de se a legítima defesa prosperará como uma eximente teoricamente definida dependerá em grande parte do futuro político do pensamento liberal” (acerca dos diferentes enfoques na “teoria política” e sua influência na teoria do direito penal, veja-se também FLETCHER. **Grammar**, supra nota 40, 81).

personais⁵², sua conduta continua sendo antijurídica e, portanto, pode ser responsável civilmente pelos danos causados. Mesmo assim, os terceiros que cooperam com o autor podem ser responsáveis criminalmente.

Um direito de legítima defesa corretamente delimitado é fundamental para a formação de cidadãos civilizados respeitosos das leis. Nos tempos atuais de crescente sensação de insegurança -que em algumas ocasiões exige a intervenção de falsos “vingadores de justiça”, as ações sociais de grupo e de cidadãos desejosos de se converterem em “sheriff do condado” para proteger a jovem indefesa que está a ponto de ser assaltada pelo grupo de bandidos- é importante demarcar com precisão os limites entre o justificado e o ilícito, o legal e o ilegal.

Certamente existem circunstâncias particulares nas quais o recurso à violência para repelir uma agressão estará mais que justificado. É o caso de grandes cidades como Medellín, Caracas ou Nova Iorque, que se não podem equiparar-se com uma tranquila cidade provinciana de um cantão suíço. Sem embargo, os procederes ao modo do antigo oeste americano, de assumir a justiça pela própria mão ou o vergonhoso intento de fazer justiça mediante linchamento, bem como a máxima “olho por olho, dente por dente”⁵³ devem ser superados se queremos evitar a introdução num círculo de violência que terminará transformando nossas ruas em “selvas de aço e asfalto”, nas quais a dialética dos “punhos e pistolas” tenham sempre a última palavra.

⁵² Essa é a postura da denominada teoria da culpabilidade (veja-se supra, nota 31), que considera os erros “razoáveis” como causas de exculpação e não de justificação. Esta é também a postura de FLETCHER, em **Basic concepts**, supra nota 3, p. 162. O Código Penal Modelo Seção 3.09 (2) estabelece que em tais casos o acusado deve ser condenado por um delito imprudente ou negligente, se seu erro se deveu a imprudência ou negligência. Esta é a postura da “teoria dos elementos negativos do tipo” ou da “teoria restringida da culpabilidade” (supra nota 31). DRESSLER (supra nota 3, 273) coincide também com este resultado. Em minha opinião, esta solução confunde os erros de tipo com erros sobre os elementos fáticos de uma causa de justificação. O art. 14 del Código Penal espanhol distingue entre o (i) erro sobre os elementos constitutivos do delito e o (ii) erro sobre a antijuridicidade da conduta. Esta distinção corresponde com a distinção entre “Tatbestands- und Vorbotsirrtum” nas seções 16 e 17 do Código Penal alemão. A primeira classe de erro (erro de tipo) –seja razoável ou irrazoável, evitável ou inevitável- nega o dolo requerido para a configuração do delito e, em caso que o delito não admita a forma culposa, o erro impede categoricamente a possibilidade de uma condenação. A segunda classe de erro (erro de proibição) somente nega a culpabilidade se é razoável (por exemplo, inevitável), mas se o erro é evitável leva a uma condenação pelo delito acusado com uma atenuação obrigatória da pena (no Código Penal alemão a atenuação é facultativa). Em minha opinião, a última solução (a de tratar os erros sobre os elementos fáticos da justificação como erros de proibição excusáveis) é o melhor modo de tratar com os erros irrazoáveis sobre os elementos fáticos de uma causa de justificação que são o produto de coação ou de uma perturbação emocional extrema provocada por medo ou terror (veja-se MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, **Derecho penal**, supra nota 10, p. 385).

⁵³ Não cabe dúvida que às vezes a legítima defesa é uma maneira de buscar vingança. Sem embargo, a missão do moderno Estado democrático de Direito é evitar os atos de vingança privada oferecendo meios legais para solucionar o conflito. Veja-se Whitman, James Q. *Between self-defense and vengeance/between social contract and monopoly of the violence.*, **Tulsa Law Review**, n.39, p. 901, 2004.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDER, Larry. Unknowingly justified actors and the attempt/success distinction. **Tulsa Law Review**, Tulsa, Okla, n. 39, 2004.
- BERGELSON, Vera. Rights, wrongs and comparative justifications. **Cardozo Law Review**, New York: Cardozo School Of Law, n.º 28, 2007.
- BUSATO, Paulo César. **Derecho penal y acción significativa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**. 6 ed., Madrid: Tecnos, 2006. CHIESA, Luis Ernesto. Mujeres maltratadas y legítima defensa. **Revista Penal**, Navarra n. 20, 2007.
- DRESSLER, Joshua. **Understanding criminal law**, 4th.ed. Albany: Lexisnexis, 2006.
- DUFF, R. A.. **Sobre las justificaciones**. In: NUEVA doctrina penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2007A.
- ESER, Albin; FLETCHER, George. **Justification and excuse: comparative perspectives**. Freiburg: Max-Planck-Inst. für Ausländ. und intern, 1987.
- FLETCHER, George; OHLIN, Jens David. **Defending humanity: when force is justified and why**. New York: Oxford University, 2008.
- FLETCHER, George. **The Right Deed for the Wrong Reason: a Reply to Mr. Robinson**. **UCLA Law Review**, Los Angeles: UCLA, n. 23, 1975.
- FLETCHER, George. **A Crime of self-defense: Bernhard Goetz and the Law on Trial**. Chicago: University of Chicago, 1990.
- FLETCHER, George. **Basic concepts of criminal law**. Oxford: Oxford University, 1998.
- FLETCHER, George. **Gramática del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- FLETCHER, George. **Las víctimas ante el jurado**. Tradução de Juan José Medina Ariza e Antonio Muñoz Aunió, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- FLETCHER, George. **Rethinking criminal law**. Oxford: Oxford University, 1978. FLETCHER, George. The right and the reasonable, **Harvard Law Review**, Cambridge, Mass, n. 949, 1985.
- GREENAWALT, Kent. The perplexing borders of justification and excuse. **Columbia Law Review**, New York: n. 84, 1984.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de derecho penal**. Tradução De Francisco Muñoz Conde y Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- IGLESIAS RIO, Miguel Angel. **Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa**. Granada: Comares, 1999.
- JEFFERSON, Michael. **Criminal law**, 6th. ed. New York: Longman, 2003.
- KREMNITZER, Mordechai; GHANAYIM, Khalid. Proportionality and the Aggressor's Culpability in Self-Defense. **Tulsa Law Review**, Tulsa Okla, n. 39, 2004

- LARRAURI PIJOAN, Elena. **Violencia doméstica y legítima defensa**. Barcelona: EUB, 1995.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Aspectos esenciales de la legítima defensa**. Barcelona: Antoni Bosch, 1978.
- MAGALDI PATERNOSTRO, María José. **La legítima defensa en la jurisprudencia española**. Barcelona: Bosch, 1976.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La concepción significativa de la acción de T.S. Vives. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo.(Coord.) **O Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos**. Cuenca: Universidad de Castilla ,La Mancha, Ediciones, Universidad Salamanca, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7 ed. Barcelona: Reppertor, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; CHIESA, Luis Ernesto, The act requirement as a basic concept of criminal law. **Cardozo Law Review**, New York, n. 28, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en derecho penal**. 2 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿ Legítima defensa putativa?: un caso límite entre justificación y exculpación. fn: **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal**. Barcelona: J.M. Bosch , 1995. Libro em , Homenaje a Claus Roxin
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Universalizing criminal law. **Tulsa Law Review**, Tulsa Okla., n. 39, 2004.
- RAMOS VAZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- REQUEJO CONDE, Carmen. **Legítima defensa**. Valencia: Tyrant lo Blanch, 1998.
- ROBINSON, Paul. A theory of justification: social harm as a prerequisite for criminal liability. **UCLA Law Review**, Los Angeles: n. 23, 1975.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Legítima defensa real y putativa en la jurisprudencia del T.S.**. Madrid: Civitas, 1976.
- ROXIN, Claus. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1970.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld. In: _____. **Bausteine des Europäischen Strafrechts**. Coimbra, Organização:Jorge de Figueiredo Dias. Symposium für Claus Roxin. Köln: Coimbra., 1995.
- SMITH, J. R.; HOGAN, Brian. **Criminal law**. London: Butterworths, 1992.
- VALDAGUA, María da Conceição S.. Notwehr und Putativnotwehr, Bemerkungen zum Referat von Muñoz Conde In: SCHÜNEMANN, Bernd **Bausteine des Europäischen Strafrechts**. Organização:Jorge de Figueiredo Dias.Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Köln: Coimbra ed., 1995.

VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WELZEL, Hans. **Das deutsche Strafrecht**. 11. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

WHITMAN, James Q.. Between self-defense and vengeance/between socialContract and monopoly of the violence. **Tulsa Law Review**, Tulsa Okla, n. 39, 2004.



O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

PRINCIPLE OF CULPABILITY

Tomás S. Vives Antón*

RESUMO

O artigo trata de demonstrar a existência de um falso problema na chamada crise da culpabilidade. Apresenta-se a falência dos paradigmas do livre-arbítrio e do determinismo (tanto físico quanto lógico), para demonstrar que a liberdade de ação é pressuposto da própria existência de ação enquanto objeto de imputação jurídico-penal. A partir daí se faz uma releitura do princípio de culpabilidade.

Palavras-chave: Princípio da culpabilidade. Liberdade de ação.

ABSTRACT

The paper aims to demonstrate the existence of a non-issue in the so-called crisis of guilt. It shows the bankruptcy of the paradigms of free will and determinism (both physical and logical), to demonstrate that freedom of action is assumed the existence of action as an object of legal and criminal attribution. From there it is a reinterpretation of the principle of culpability.

Keywords: Principle of culpability. Freedom of action.

* O autor é catedrático de Direito penal da Universidad de Valencia, Espanha.

INTRODUÇÃO

No final dos anos setenta, em uma apresentação realizada na Universidade Católica Andrés Bello de Caracas¹, afirmava Cerezo o seguinte:

“A crise do princípio da culpabilidade reside na impossibilidade ou dificuldade de se provar se um determinado infrator poderia, no caso concreto, agir de outro modo, ou seja, conforme as exigências do ordenamento jurídico. O próprio Welzel, que analisou profundamente o problema do livre arbítrio, em seus aspectos antropológico, caracterológico e categorial, e que concebe a liberdade como um ato de autodeterminação, conclui dizendo: “Com isso, se chegou ao limite máximo da análise do problema da liberdade. A questão de como o homem pode libertar-se da pressão causal para a autodeterminação e assumir esta como uma tarefa dotada de sentido não pode ser contestada, bem como a questão de como a causa consegue produzir efeito”. Engisch, por outro lado, considera que não é empiricamente comprovável que uma pessoa em uma situação concreta pudesse agir de outro modo. Isto só seria possível, diz Engisch, “se pudesse colocar-se de novo essa pessoa, como individualidade idêntica, na mesma situação concreta e se pudesse observar então, se alguma vez se produziria uma conduta distinta da que ocorreu naquela ocasião”. “Estas experiências - diz Engisch – não oferecem, no entanto, perspectivas favoráveis no âmbito da vida anímica superior do homem, relevante para a Ética e para o Direito Penal, porque o ser humano [...] tem memória e, portanto, em uma situação posterior, tem a lembrança da situação anterior, do fato anterior, de suas consequências, das repercussões anímicas, e por essa razão, é agora outro diferente de antes. Welzel, em sua resposta à Engisch, admite: “As decisões humanas não têm que recair única e necessariamente segundo as reações de força ou intensidade dos impulsos em conflito, mas podem orientar-se de acordo com seu sentido, seu significado para a configuração da vida. No entanto, o problema de determinar quando acontece uma coisa ou outra, a uma pessoa específica, no caso concreto, eu concordo com a resposta de Engisch, como “determinista hipotético”, de que não o sabemos”. Welzel, a continuação, faz suas as seguintes palavras de Engisch: “De acordo com nosso ponto de partida, temos que deixar sem resposta a questão de se o autor, segundo a sua natureza, tal como se manifestava na situação concreta, poderia usar uma maior força de vontade ou de uma maior diligência”.²

Tal concepção levaria a renunciar a culpabilidade como fundamento e limite da pena. No entanto, Cerezo, depois de destacar as indesejáveis consequências da renúncia, se perguntou como era possível, dada a impossibilidade de provar a capacidade do indivíduo

¹ Publicada em **Problemas fundamentales del derecho penal**. (Madrid, 1982), com o título “Culpabilidade y pena”.

² Op. e *loc. cit.*, p. 179-180.

de agir de outro modo, seguir mantendo a culpabilidade como um dos fundamentos da pena. Respondia a esta pergunta destacando essa impossibilidade de prova, de acordo com a tese da Henkel: alguns elementos da culpabilidade (a previsibilidade ou a capacidade de compreender o injusto) são suscetíveis de comprovação empírica. Outros, como a capacidade de aceitar emocionalmente o racionalmente correto ou de contribuir voluntariamente para realizá-lo, não.

Nesta situação, concluía Cerezo, ainda que não seja possível um juízo global empiricamente comprovável acerca da capacidade de agir de outro modo, embora essa comprovação tenha que limitar-se a aspectos parciais, ainda que de grande importância, a culpabilidade pode ser fundamento - e não só limite³ - da pena. Essa afirmação pode ser sustentada porque a pena se justifica, não com base na culpabilidade ética, mas na culpabilidade jurídica.

Para Cerezo “as dificuldades de se valorar a capacidade do infrator de atuar de outro modo, na situação concreta, não se resolve substituindo esta pela análise da capacidade de autodeterminação de outra pessoa na mesma situação. Nem mesmo se para isso se recorresse à figura do ser humano dotado de uma capacidade de autodeterminação média. A capacidade de decisão ou a força de vontade média não é suscetível de comprovação empírica. Se trataria necessariamente um critério normativo cuja realização influenciaria, sem dúvida, nas exigências da prevenção geral e da prevenção especial”⁴. Concluindo, afirma que “a repreensão da culpabilidade jurídico-penal se baseia apenas em parte na comprovação empírica da capacidade de agir de outro modo e tem sempre como substrato, com maior ou menor intensidade, a capacidade geral do ser humano”.

Se comecei referindo-me tão extensamente ao artigo de Cerezo é porque reflete uma polémica dentro da doutrina espanhola⁵, que não considero inteiramente cancelada, portanto, minha reflexão seguirá no mesmo sentido. No entanto, não é necessário dizê-lo, não perderia tempo escrevendo-a se não fosse porque vou tentar ir um pouco além do que Cerezo disse e, em geral, do que foi dito sobre o princípio da culpabilidade, incluindo, naturalmente, o que eu mesmo disse. Não sei se essa tentativa - de dizer algo só relativamente novo - me dispensa objetivamente de utilizar uma bibliografia que, no momento, seria impossível pela simples razão de que não disponho de tempo para isso. Em todo caso, acredito que os argumentos que irei desenvolver terão o valor que dê seu poder de convicção racional, por mais que a insuficiência bibliográfica possa fazê-los perder a capacidade de persuasão.

³ O contrario do sustentado por ROXIN.

⁴ Op. e loc. cit., p. 196.

⁵ Vid. a respeito, v. gr., CÓRDOBA RODA J., **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch 1977. p. 23 ss.; PÉREZ MANZANO, M., **Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena**, Madrid: Tecnos, 1990, p. 87 ss.

1 O DETERMINISMO

A crise do princípio da culpabilidade não reside somente, como afirmava Cerezo, na impossibilidade ou dificuldade de provar se uma determinada pessoa podia ou não, no caso concreto, agir de outro modo; mas tem uma raiz mais profunda, pois há muitos casos em que a única razão para duvidar da concreta possibilidade de agir de outro modo reside no que, conforme vimos, denominou Welzel de “determinismo hipotético”, ou seja, na virtualidade da hipótese determinista.

Determinar o que seja determinismo – permita-me a redundância – não deixa de oferecer dificuldades, até o ponto de que filósofos da do porte de Strawson fiquem do lado daqueles que não sabem qual é a tese do determinismo⁶. Consequentemente, qualquer tentativa de dizer algo sobre a possibilidade do determinismo, de criar, pelo menos, a dúvida sobre a possibilidade das pessoas normais em circunstâncias normais de agir de outro modo, requer precisar em que consiste a tese determinista. Essa é uma tarefa difícil, começarei, no entanto, valendo-me das reflexões de Hume a este respeito, completadas, basicamente, com algumas observações de Bachelard e Popper.

Provisoriamente, podemos definir o determinismo, quando se refere à conduta humana, como a tese que sustenta que as ações humanas não dependem da escolha, mas são regidas pela necessidade; no entanto, para delimitar exatamente o objeto de análise é preciso prestar atenção às formas fundamentais que adota a concepção do determinismo.

1.2 O determinismo físico

“É universalmente aceito”, diz Hume, “que a matéria em geral, é movida por uma força necessária e que todo efeito natural se acha precisamente determinado pela energia de sua causa e nenhum outro efeito, nas mesmas circunstâncias, poderia haver resultado disso. O grau e a direção de cada movimento é determinado com tal precisão que nenhum ser vivo poderia levantar-se da colisão com outro corpo movendo-se em outra direção ou com outra intensidade da que atualmente se produziu.”⁷.

Esta forma de conceber o determinismo, que nos referimos em primeiro lugar, é a que se denomina normalmente de *determinismo físico*. Como assinala Bachelard, a expressão comum desse tipo de *determinismo* é a célebre frase de Laplace:

⁶ STRAWSON, P. F. *Libertad y resentimiento*, Barcelona: Paídos 1995. p. 37.

⁷ HUME, D.. *Enquiries concerning human understanding and concerning the principles of morals*. Oxford; Oxford University, 1988. p. 82.

Devemos entender a situação atual do Universo como o efeito de seu estado anterior e como a causa do estado que virá. Uma inteligência que conhecesse, por um instante, todas as forças que animam a natureza e a situação respectiva dos seres que a compõe, e por outro lado, fosse suficientemente ampla para submeter esses dados à análise, uniria na mesma fórmula os movimentos dos maiores corpos do universo e os do átomo mais leve; nada lhe seria incerto e tanto o futuro como o passado estariam presentes em seus olhos. Todos os esforços do espírito humano na busca da verdade tendem a aproximar-se continuamente da inteligência que acabamos de imaginar⁸.

Popper, que divide os sistemas físicos em “relógios” (que funcionam de acordo com leis exatas e inexoráveis) e “nuvens” (que são altamente irregulares, desordenadas e mais ou menos imprevisíveis), descreve a tese do determinismo físico dizendo que, segundo sua concepção, “todas as nuvens são relógios, inclusive as mais nebulosas”. O determinismo físico, acrescenta, dirá que nossas percepções de sentido comum estão erradas e são produzidas apenas pela nossa ignorância⁹.

O determinismo físico comporta a pretensão de que o mundo externo constitui um sistema fechado de matéria e energia que se explica por si mesmo e no qual o futuro, com os conhecimentos físicos adequados, pode ser previsto com absoluta precisão, de modo que os borrões de tinta que aparecem quando escrevo e os sons que profiro quando falo são independentes do que foi pensado ou dito em cada caso: estão predeterminados por leis físicas, até em suas mínimas variações. Por isso, o sentido que eventualmente tenham minhas palavras e o fato mesmo de que chegue a haver palavras, não é senão uma causalidade e um acréscimo mais aparente do que real.

Nesses termos, creio que o determinismo físico, que considero insustentável¹⁰, tem de ficar a *priori*, descartado em qualquer indagação sobre a culpabilidade, na medida em que suas teses negam, não a culpabilidade, mas a totalidade do mundo da vida, ao reduzi-lo à mera aparência de um sistema físico.

⁸ Citada por BACHELARD, G., **Epistemologia**. Barcelona: Ariel, 1973. p. 178, e duramente criticada por este autor, para quem a fórmula filosófica, segundo a qual tudo está determinado carece de sentido para o cientista ou técnico que tenta explicar segundo as leis, um domínio específico e para o qual a ideia de um determinismo universal resulta, inclusive, perturbadora.

⁹ POPPER, K., Sobre nubes y relojes. In: _____. **Conocimiento objetivo**. Madrid: Tecnos, 1982. p. 197.

¹⁰ Vid. POPPER, K., *op. cit.*; VIVÉS ANTÓN, T. S., **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 313 ss. Uma ampla discussão do determinismo físico pode-se encontrar em CORBÍ, J. E.; PRADES, J. L., **Minds, causes and mechanisms: case against physicalism**. Oxford: Blackwell, 2000.

1.3 O determinismo lógico

Antes de expor a versão humeana do determinismo é necessário esclarecer que, para Hume, a necessidade é algo que existe na mente, não no objeto¹¹. “Nossa ideia, portanto, da necessidade e da causação nasce inteiramente da uniformidade observável nas operações da natureza, onde os objetos similares aparecem em constante conjunção e, conseqüentemente, a mente é determinada pelo costume ao inferir um do aparecimento do outro. Essas duas circunstâncias constituem tudo o que necessariamente atribuímos à matéria. Além da *conjunção constante* de objetos semelhantes e a conseqüente *inferência* de um ao outro, não temos nenhuma noção de necessidade ou conexão”¹².

É, portanto, nosso modo de pensar como causa e efeito inevitavelmente unidos por um nexo lógico, pelo que estamos *obrigados a inferir* o efeito da causa, que nos faz falar de necessidade, e o vínculo que nos compele a realizar essa inferência não é meramente de natureza psicológica. Como bem expôs García Roca¹³, mas que, por sua vez, contém um componente crucial que na concepção de Wittgenstein deve ser entendida como pertencentes à gramática profunda e que tenho denominado lógico: estamos obrigados a inferir o efeito da causa, pois pensamos, não apenas dedutivamente, mas também de modo indutivo. De outra forma, se a indução fosse justificada, não seria senão dedução. A indução é, portanto, em si, legítima e o vínculo que une os efeitos às causas, por mais que não seja dedutivo, merece o nome de dedução.

Tudo o que acontece deve ir, em consequência, precedido de uma causa a que esteja ligado “com a força da necessidade lógica”; e isso se aplica também às ações.

Com efeito, poder-se-ia arguir que a necessidade é constante e certa e a conduta humana irregular e incerta, pelo que uma não poderia proceder da outra; mas a essa objeção contesta Hume dizendo que devemos julgar as ações dos homens com as mesmas máximas com as que raciocinamos acerca dos objetos, de modo que, se entre os motivos e as ações observamos a mesma conjunção constante que existe entre os acontecimentos do mundo natural, devemos concluir que também no âmbito das ações temos que falar de causa e efeito e, portanto, de conexão necessária¹⁴.

Por *liberdade* podemos entender como o poder de agir ou não agir de acordo com as determinações da vontade, mas seria inaceitável afirmar que o querer não está sujeito

¹¹ HUME, D., **A treatise of human nature**. Harmondsworth: Penguin 1969, p. 216.

¹² HUME, D., **Enquiries...***op. cit.*, p. 82.

¹³ GARCÍA ROCA, J. **Positivismo e ilustración**: la filosofía de David Hume. Valencia: Universidad de Valencia, 1981, p. 130–147. Vid. Também NOXON, J. **La evolución de la filosofía de Hume**. Madrid: Alianza, 1974. p. 92 e ss.

¹⁴ *Treatise...*, *op. cit.*, p. 451 e ss.

a causas, quaisquer que sejam. Afirmar o caráter aleatório da decisão, ou seja, a ausência de causas que a determinem, é inaceitável¹⁵. Bem, “ainda que sintamos que nossas ações estão sujeitas à nossa vontade e imaginemos sentir que nossa vontade em si mesma, não está sujeita a nada”, “um espectador pode geralmente inferir nossas ações de nossos motivos e caráter, e mesmo nos casos em que não pode, conclui geralmente que poderia se estivesse perfeitamente informado de cada circunstância de nosso estado e temperamento e dos mais secretos recursos de nossa natureza e condição”¹⁶; e não pode fazê-lo de outro modo se for para explicar nossa conduta: explicar algo que acontece é indicar suas causas e, ao fazê-lo, ingressa-se no campo da necessidade que não podemos, pois, nos livrar.

Então, para Hume, os termos “eficácia”, “diligência”, “poder”, “força”, “energia”, “necessidade”, “conexão” e “qualidade produtiva” são sinônimos: todos remetem à ideia de causa e efeito e, portanto, de necessidade¹⁷.

O *determinismo lógico* de Hume, elemento inevitável de sua pretensão de criar uma “ciência do homem”¹⁸ é, pois, ainda que menos devastador, tão rigoroso quanto o *determinismo físico*. “Como os objetos deverão estar ou não em conjunto com outros e como a mente deve estar determinada ou não a passar de um a outro, é impossível admitir algum termo médio entre o acaso e uma *necessidade absoluta*”¹⁹. Não se trata, pois, como considera Popper, de uma tese “tão vaga que resulta perfeitamente compatível com o indeterminismo físico”²⁰. Parece compatível com o indeterminismo físico; mas não por ser vaga, mas porque não diz nada do mundo: somente fala do pensamento. Agora, falando apenas de pensamento, diz que a mesma ideia de indeterminismo físico é absurda. É esse determinismo lógico, de uma forma ou outra, o que pulsa atrás da força e persistência da hipótese determinista, o que faz inclinar tantos autores que professam a questão do determinismo hipotético, que enfoca a dúvida frente à percepção imediata da liberdade, conduzindo ao senso comum ao afirmá-la. Trataremos, pois, de analisar até que ponto é sustentável essa espécie de determinismo.

¹⁵ Enquiries..., *op. cit.*, p. 95-96.

¹⁶ Treatise..., *op. cit.*, p. 456.

¹⁷ Treatise..., *op. cit.*, p. 206-207.

¹⁸ NOXON, J., *op. cit.*, p. 17 e ss.

¹⁹ Treatise..., *op. cit.*, p. 221

²⁰ POPPER, K., **Conocimiento...**, *op. cit.*, p. 205.

2 OS PROBLEMAS GRAMATICAIS DO DETERMINISMO LÓGICO

As diversas formulações do determinismo lógico, ainda que em temas específicos se distanciem da afirmação de Hume, seguem basicamente o seu pensamento. Por isso, para examinar o valor argumental do determinismo *lógico*, convém analisar sua gramática profunda: pois poderia resultar que o determinismo *lógico* fosse professado e defendido a partir de pressupostos *ilógico*.

Neste sentido, a primeira objeção que cabe opor ao determinismo lógico é sua incongruência. Com efeito: *se*, como vimos, a indução é legítima é, simplesmente, porque nem tudo é dedutível; mas, *se* nem tudo não é dedução, parece ilógico estabelecer um princípio universal, em que tudo o que acontece é efeito de alguma causa e está determinado por ela nos mínimos detalhes. Essa não é senão uma indução ilegítima, ou melhor, um princípio dedutivo que se opõe à experiência generalizada de que, juntamente com a necessidade, temos que vê-las também com o azar, a causalidade e a liberdade. Onde se observa uma conjunção constante (especialmente se expressa em alguma lei de certo tipo) a mente poderá inferir uma relação de causa e efeito; mas, porque haveria de inferi-la também onde isso não se observa? Se estabelecermos as relações de causa e efeito sobre a base da experiência da conjunção constante, por que, em lugar de limitarmos a defendê-la em todos os âmbitos em que contemos com essa base experimental, não a aplicamos a outros em que precisamos dela? Aqui a experiência passada não nos obriga a inferir nada nem justifica nossa inferência, e é só nossa fé na universalidade do nexo causal que, onde não encontramos relações de conjunção constante, o que faz com que o atribuamos a nossa ignorância. Assim, a relação de causalidade passa a ser, ao invés do ponto de chegada de um raciocínio indutivo, a ponto de saída de uma injustificada concepção de mundo.

Mas, apesar dessa incongruência, o determinismo lógico deveria ser levado em consideração se resultasse, em si mesmo, sustentável. O que não é exatamente o caso, como veremos a seguir.

Com efeito, Hume sustenta, como vimos, que não devemos analisar as ações dos homens do mesmo modo que analisamos os objetos: se no âmbito das ações observamos a mesma conjunção constante que se dá na natureza, também nele devemos falar de causa e efeito. Aqui, a primeira dificuldade é que essas ações não são como os objetos do mundo material e, portanto, é inadequado dizer que entre motivos e ações vemos as *mesmas* relações de conjunção constante que entre os acontecimentos naturais.

Como já expliquei, deve-se descartar, primeiramente, que as ações são objetos de dois patamares (um físico, o movimento corporal e outro psíquico, o impulso ou conteúdo da vontade). Também deve rejeitar-se sua redução a movimentos corporais. As diversas

ações são diferentes sentidos que atribuímos a determinados suportes comportamentais²¹. Dito isto, entre um motivo ou um desejo e uma ação, não pode haver a *mesma* conjunção constante entre dois objetos naturais. Bem, primeiramente, o motivo e o desejo não são logicamente independentes da ação a que estão unidos, o contrário do que ocorre entre os objetos naturais. De maneira que entre os objetos naturais existe uma mera conjunção constante, enquanto que entre o motivo ou o desejo e a ação, existe também uma conexão significativa (de sentido): o desejo está relacionado ao seu objeto e é definido por ele. Assim, a conjunção constante não é imediatamente traduzida em uma relação linear de causa e efeito, mas se torna circular: em termos kantianos, o efeito é, também, causa daquilo que é efeito. A inferência da causa e do efeito, torna-se, portanto, equívoca.

Se a conjunção entre os fenômenos altera-se quando, de fatos a objetos naturais passamos a motivos, desejos e ações, o mesmo é válido dizer da observação dessa conjunção e sua constância. Pois, no âmbito das ações, há uma interdependência entre o observador e o fenômeno observado que não tem lugar na natureza e pode produzir desvios muito significativos na observação, e põem em causa a sua própria viabilidade. Mas, também parece impossível, no âmbito dos fenômenos sociais, obter as séries intermináveis que observamos na natureza. As séries dos fenômenos sociais sempre resultam curtas para justificar uma indução legítima. Ao que se deve acrescentar, como complemento da primeira observação que, ao final, as séries não são autênticas e, na maioria das vezes, entre os fatos que a compõem existem variações do tipo qualitativo²².

Sem diferenciar os fenômenos da natureza e os processos intencionais (as ações), Hume dá um tratamento unitário a formas de conhecimento muito diferentes: o conhecimento teórico com o qual, através da experiência, explicamos os fenômenos naturais e o conhecimento intencional, que possuímos em virtude de que estamos imersos em um estilo de vida. Através de um ou outro, podemos fazer previsões; mas a previsão de que vai chover amanhã é muito diferente da que pode fazer um espectador quando alguém diz que amanhã vai passear. A primeira é uma previsão causal e requer certo tipo de conhecimento e capacidade epistemológica. A segunda não: ela nos remete à compreensão do sentido de um enunciado de propósito, à valoração de sua seriedade, etc. Estamos diante de duas coisas diferentes que não podem ser equiparadas²³.

²¹ Me ocupei extensamente deste problema em **Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 103 e ss. e 203 e ss.

²² Vid. VIVES ANTÓN, T. S. **La libertad como pretexto**, p. 36-38.

²³ A diversidade das formas de conhecimento e capacidades epistemológicas a que se alude no texto é esclarecida com o exemplo de DENNET: um marciano, que não tem atitude intencional, mas possui um conhecimento sobre-humano das leis da física, e um terráqueo, observam certos processos físicos. O terráqueo capta uma conversa telefônica na qual se combina um encontro e, dados os detalhes e seriedade com que é feita, realiza a predição correspondente. O marciano observa simples processos físicos e, se é que pode chegar a prever o mesmo estado físico final, o fará em virtude de procedimentos infinitamente mais complicados, por isso que a predição do terráqueo lhe parecerá mágica (DENNET, D., **La actitud intencional**. Barcelona: Gedisa, 1991. p., 36-37). Vid., a respeito, **Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 245-247.

Também é questionável o papel atribuído ao querer. O querer aparece caracterizado como o processo interno que produz a ação. É, portanto, configurado como um tipo de causa interna, que se subtrai à necessidade natural, mas que se encontra sujeita a outro tipo de necessidade. Poderia determinar nossas ações, subtraindo-as desse modo à determinação puramente natural, mas, só para incluí-las em outro âmbito de necessidade, em que a própria vontade está inscrita. Certamente, esta abordagem evita os embates do determinismo físico (visto a partir do qual todo o universo de ação seria um mero epifenômeno), mas ao preço de tratar o querer ou a vontade como objetos ou processos mentais. O querer não consente esse tratamento. “O querer, se não é uma espécie de desejo, deve ser o atuar mesmo. Não pode deter-se antes de atuar”. Se for o atuar, então o é no sentido usual da palavra, ou seja: falar, escrever, andar, levantar algo, imaginar algo. Mas também: tratar de, tentar, esforçar-se para falar, escrever, levantar algo, imaginar algo, etc.”²⁴. O querer não é, portanto, um processo mental independente da ação, mas é o ato em si, que não acompanha uma série de fantasmagóricos atos chamados de vontade²⁵.

Dizer que eu posso agir ou não agir se eu *quiser* (que é o que de uma forma ou outra afirma Hume e seus seguidores), nos compromete com uma ideia de querer dificilmente sustentável: o querer seria um ato da mente que dirigiria os movimentos corporais, dotando-os de uma espontaneidade que, de outro modo careceriam; mas, essa espontaneidade, seria apenas aparente.

Essa concepção é insustentável após uma análise adequada do querer: se o querer é inseparável do agir, dizer que posso agir ou não se quero, é como dizer que só posso agir ou não, isto é, que sou livre.

Mas, ainda que se aceitasse a ideia do querer como um processo mental, não regido, portanto, pelas leis da natureza, parece que haveria de ser entendido, no entanto, sujeito às suas próprias leis que, ainda que nos sejam desconhecidas (por mais que Hume dê por certo que as vemos atuar como no mundo físico), afirmaríamos, concebendo-as pelo modelo das que regem o mundo natural, algumas das quais conhecemos ou acreditamos conhecer, isto é, pelo modelo causal.

O fundamento sobre o qual se sustenta o modelo humeano da relação causal ao âmbito do querer não é, como disse, empírico ou científico, mas lógico: é, na minha opinião, da (ilegítima) força expansiva do princípio da razão suficiente, segundo o qual tudo

²⁴ WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas*, n. 615. Sobre a concepção da vontade em WITTGENSTEIN, L., vid. HACKER, P. M. S., **Wittgenstein, mind an will**, Oxford. Blackwell, 2000. p. 349 e ss.

²⁵ Vid. *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 148 e ss.

o que acontece, seja físico ou mental, deve ter uma razão que justifique sua existência, isto é, no caso de nossas ações uma causa²⁶.

Adiante analisarei algumas das debilidades dessa abordagem. Em qualquer caso, basta assinalar aqui que a transposição da causalidade (como uma causalidade física) no âmbito da ação carece de um fundamento sólido.

Poderiam ser feitas muitas objeções ao que tenho chamado determinismo lógico. Bastam, no entanto, as expostas para mostrar que é uma hipótese que carece, precisamente, de lógica.

3 A PROVA DA LIBERDADE

3.1 O indeterminismo

Nos últimos tempos o determinismo não parece ganhar adeptos. “Não acredito”, diz Hassemer, “que o direito penal e a vida cotidiana pudessem subsistir sem a ideia de liberdade da vontade, ou que as relações humanas em geral, ou as moldadas juridicamente, possam existir ou ser entendidas sob a hipótese determinista da direção causal. Mas acredito também que no âmbito do Direito, sempre pensamos antecipadamente na liberdade dos outros e que essa liberdade é condição (se bem que transcendental) da possibilidade, não apenas de uma comunicação humana, mas de qualquer comunicação interpessoal”²⁷.

Pois bem, o autor segue dizendo, para justificar a reprovação da culpabilidade não basta afirmar em abstrato a liberdade homem, mas é preciso que essa liberdade concorra (esteja/faça parte) no indivíduo em concreto e na realização concreta do fato. Mas, o tipo de observação que permite reunir as circunstâncias em que pode apoiar-se uma condenação não permite captar a liberdade da vontade que se subtrai de tal observação “antes mesmo de começar a observação”²⁸. No processo penal se oferecem dados acerca das limitações materiais que possam afetar a liberdade do acusado, mas não se consegue averiguar as alternativas que lhe restariam depois destas limitações. “A polêmica sobre a autonomia

²⁶ Com o qual, a aplicação do princípio resulta paradoxal: para justificar a existência das ações se recorre a suas causas, ou seja, a um regresso infinito que, por sê-lo, não pode ser uma justificação (vid. WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas*, n. 485; HACKER, P.M.S., *Wittgenstein, mind and will*. Oxford: Blackwell, 2000. p. 125.

²⁷ HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valência. 1999. p. 111.

²⁸ HASSEMER, W., *op. e loc. cit.*

da vontade é, portanto, totalmente irrelevante para o princípio da culpabilidade, porque mesmo uma posição indeterminista é incapaz de ajudar a fornecer um fundamento para a reprovação da culpabilidade”²⁹.

Assim, a rivalidade com o determinismo parece em vão. De acordo com muitos autores é uma viagem para a qual não há necessidade de alforjes, pois nos deixa exatamente onde estamos, ou seja, ante a impossibilidade de provar a liberdade concreta do autor concreto. Sobre essa impossibilidade fazia recair Cerezo, conforme vimos, a responsabilidade da crise do princípio da culpabilidade, aduzindo, para tanto, a opinião de Englisch para quem não é empiricamente comprovável se uma pessoa em uma situação concreta poderia ter agido de outro modo, pois isso só seria possível, na sua opinião, se fosse possível colocar de novo essa pessoa na mesma situação e se pudesse observar então, se lhe era possível agir de outro modo. Mas, para Englisch, a experiência não oferece garantias, porque o ser humano tem memória e, em uma situação posterior, a lembrança da anterior muda radicalmente as condições a serem consideradas. Esse argumento repercutiu de maneira surpreendente de modo que se pôde afirmar que “hoje é incontroverso”³⁰.

Bem, permita-me antes de valorar a força racional desses argumentos, realizar um pequeno parêntesis. É conhecida a resposta de Moore a dúvida cética acerca da existência do mundo exterior: “Posso provar agora, por exemplo, que existem duas mãos humanas. Como? Levantando minhas duas mãos e dizendo, enquanto faço um gesto com a mão direita, “aqui há uma mão”, e acrescentando, ao fazer um gesto com a esquerda “e aqui há outra.” Se ao fazer isso, provei *ipso facto* a existência de coisas externas, todos verão que posso fazê-lo também muitas maneiras diferentes: não há necessidade de multiplicar os exemplos”³¹. Como a prova de Moore apresenta alguma semelhança com os fatos sobre os quais se assenta a crença comum na liberdade de agir (no poder de agir de outro modo), pode ser útil apresentar a reflexão de Wittgenstein sobre a mesma.

3.2 Excurso: sobre a certeza

Como diz Hanfling, “Moore estava ciente de que sua maneira de colocar o problema podia não satisfazer a todos. Pensava que alguns filósofos exigiriam uma prova lógica de suas premissas “aqui há uma mão” e “aqui há outra”. Sem ela, arguiriam que Moore jamais poderia saber se eram ou não verdadeiras, com o qual ficava ainda aberta

²⁹ HASSEMER, W., *op. cit.*, p. 111-112.

³⁰ TORÍO, S., Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad, **Cuadernos de Política Criminal**, n. 36, 1988, p. 759.

³¹ MOORE, G. E., Prueba del mundo exterior. In _____. **Defensa del sentido común y otros ensayos**, Barcelona: Cedisa, 1959. p. 156-157.

à possibilidade da dúvida cética. A resposta de Moore foi admitir que não podia oferecer a prova em questão, afirmando, no entanto, que podia saber que estes enunciados eram verdadeiros. Sustentava que há algumas verdades que uma pessoa pode saber, sem poder dar a prova correspondente³².

A reflexão de Wittgenstein em torno dessas proposições cuja verdade, de acordo com Moore, posso *saber* sem necessidade de provas, é de ordem gramatical. A possibilidade da linguagem se baseia em que há muitas proposições (a terra tem mais de cem anos, as coisas não desaparecem quando lhes damos as costas, etc.) das quais podemos estar certos. Essas proposições, as quais pertence a afirmação de Moore de que “aqui há uma mão”, quando efetivamente a levanto, “parecem estar no fundo de toda pergunta e de todo pensamento”, ou seja, têm um especial estatuto lógico que podemos afirmar sem testá-las experimentalmente. A *dúvida* sobre elas não tem sentido, em princípio, tão pouco o tem dizer que sabemos o que elas afirmam, pois a dúvida e o saber pertencem ao mesmo jogo da linguagem³³.

Dada a afirmação de Moore (qualquer de suas afirmações do mesmo tipo ou similar), a pergunta do idealista ou cético seria: “que direito tenho de não duvidar da existência das minhas mãos?”. A resposta a esta questão não pode ser “eu sei que elas existem”. Mas, a dúvida sobre a existência só pode existir em um determinado jogo de linguagem. Fora isso, não faz sentido. Pois, “se quisesse duvidar de se esta é a minha mão, como eu poderia evitar a questão de saber se a palavra mão tem algum significado?”³⁴.

Expresso de outro modo: “a verdade de certas proposições empíricas pertence ao nosso sistema de referência”³⁵. Tais proposições fazem parte de nossa visão de mundo, ou seja, do ambiente que nos é dado e sobre o qual distinguimos o verdadeiro do falso. “As proposições que descrevem a imagem do mundo poderiam pertencer a uma espécie de mitologia. Sua função é semelhante à das regras do jogo e este também pode ser aprendido de um modo puramente prático, sem necessidade de regras explícitas³⁶. Assim, mesmo que tenham a forma de proposições empíricas, ao pertencer ao nosso sistema de referência,

³² HANFLING, O., Prólogo: In ____ Wittgenstein, L. **Sobre la certeza**. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 7.

³³ 58. Se concebemos Eu sei, etc. como uma proposição gramatical, é obvio que o Eu não pode ser importante. O que no fundo quer dizer: “*não há, nesse caso, nada como uma dúvida*” ou “*a expressão não sei carece aqui de sentido*”. Evidentemente, disso conclui-se que *Eu sei tampouco tem sentido*. “59. Sei é aqui um conhecimento lógico. Mas o realismo não poder ser provado por ele”. L. WITTGENSTEIN, L. **Sobre la certeza**, Barcelona: Gedisa, 2000.

³⁴ WITTGENSTEIN, L., *op. cit.*, n. 24 e 369.

³⁵ WITTGENSTEIN, L., *op. cit.*, n. 83.

³⁶ WITTGENSTEIN, L., *op. cit.*, n. 95. Essa “mitologia” não é para WITTGENSTEIN senão que uma parte da lógica (*op. cit.*, n. 98), mas as proposições que a compõe não são sempre as mesmas: algumas proposições funcionam como proposições empíricas e logo se solidificam e o fazem como regras de controle e vice e versa.

“qualquer prova, qualquer confirmação e refutação de uma hipótese” deve ter lugar em seu meio³⁷. Estão, portanto, em princípio excluídas da dúvida ordinária e, portanto, não serão justificadas por nenhuma “razão suficiente”, ainda que não constituam, por si só, refutações da dúvida “filosófica”.

Vamos ver como se projetam essas reflexões sobre a questão da prova da possibilidade concreta de agir de outro modo.

3.3 Um problema mal suscitado.

Como já destacado por Hume³⁸, a liberdade é um termo negativo, o que não significa nada no mundo, senão que se limita a excluir as ações humanas da necessidade causal. Não pode haver, portanto, prova alguma direta da liberdade. Se isso pode ser comprovado de alguma forma, será por inferência. Por isso, a abordagem proposta por Engisch é particularmente interessante. Suponhamos a alguém que tenha se sentado, se diga que não poderia agir de outro modo, porque já não estava mais em pé. Este responde: claro que poderia agir de outro modo, mas estou cansado, e acredita demonstrá-lo levantando-se.

Engisch diria que, após interpelado, o sujeito não é mais o mesmo e, portanto, o fato de levantar-se agora não prova de maneira alguma que antes pudesse permanecer de pé, mesmo que uma ou outra situação possam parecer exatamente iguais. Certamente, essa maneira de proceder leva até o final as exigências de prova. Mas é um tanto desconcertante, pois não se sabe como reagir a este rigor, se elogiar sua lógica implacável ou denunciar a sua impraticabilidade. Na verdade, se optar-se por um rigor assim no âmbito da prova da liberdade, por que não usá-lo também em outros tipos de prova? Resistem a esse rigor experiências científicas com as quais tentamos *provar* nossas teorias?³⁹ Submetido a apuração tão severa, parece que restaria pendente no âmbito do conhecimento científico, pois é claro que nunca podemos estar *absolutamente seguros*⁴⁰ de que, quando reproduzimos qualquer experimento para confirmar o resultado, não nos passem despercebidas variações relevantes.

Voltando à prova da liberdade, parece claro que o fato de levantar-se depois, prova, no sentido habitual do termo, que poderia fazê-lo também antes, mas, essa prova não é, por si só, uma refutação do determinismo. O *determinismo hipotético* mostra, ao dizer que a prova apresentada não prova nada, o que realmente é: um determinista recalcitrante que,

³⁷ WITTGENSTEIN, L., *op. cit.*, n. 105.

³⁸ Enquiries *op. cit.*, p. 95.

³⁹ Ou, na linguagem de POPPER, refutar sem êxito, de modo que mostre sua confiabilidade.

⁴⁰ Vid. WITTGENSTEIN, L., *op. cit.*, n. 8.

para admitir algo como uma prova da liberdade, exige, não uma prova comum, mas uma *absolutamente sem objeções*, que refute por si só a hipótese determinista. Ou seja, pede um milagre. Pois, ainda aceitando que, no caso proposto, o fato de se levantar depois não fosse uma prova suficientemente confiável de que também podia fazê-lo antes, não resulta claro que nós não temos nenhuma razão para duvidar que se pudesse fazê-lo, a menos que sejamos ferrenhos defensores do determinismo? Não é evidente que esta dúvida que duvida do mais óbvio, que subsiste enquanto lhe reste o mínimo resquício lógico, que duvide em definitivo, de tudo, não é realmente, uma dúvida⁴¹? Pois não se insere no contexto em que a dúvida tem sentido. Se a conversa a que aludimos tivesse lugar em público e ao que se tenha articulado como a “demonstração” da liberdade ao se levantar lhe fosse dito: não provou nada; a mesma cadeia causal que fez você se sentar faz agora ficar em pé, não haveria que explicar ao público que quem fala assim não está transtornado, mas “faz” filosofia⁴², ou seja, que fala de uma posição filosófica chamada determinismo? Na verdade, a afirmação da liberdade não suscita qualquer dúvida que possa ter significado no contexto ordinário, como, *v. gr.*, a que poderia recair sobre o número de assentos que existem em um teatro ou a distância existente entre duas cidades, senão que uma dúvida “filosófica”, isto é, uma dúvida que só pode surgir a partir de uma certa pré-concepção do mundo que parte da ideia de que a hipótese determinista é verdadeira; mas, como é o caso, esta hipótese entra em conflito com os fundamentos do nosso modo de vida e carece de razões que a avalizem, perde toda a legitimidade.

A dúvida determinista como dúvida “filosófica” - a espécie paradigmática seria a dúvida cética⁴³ -, conduz àqueles que a assumem como se de uma dúvida autêntica, a um beco sem saída se tratasse. Vamos ver.

4 PRISIONEIROS DE UM DILEMA

Se aprovarmos a dúvida determinista caímos em uma armadilha: ou renunciamos a ideia do poder de agir de outro modo como fundamento da pena, ficando assim sem base a partir da que rechaçar que o sistema penal trate o homem como um mero objeto, ou, se decidimos aderir a esta ideia, temos que admitir que castigamos sobre um fundamento inseguro, indemonstrável e, portanto, inaceitável: ou seja, sem fundamento algum. A

⁴¹ WITTGENSTEIN, L., *op. cit.*, n. 115. Quem quisesse duvidar de tudo, nem sequer chegaria a duvidar”.

⁴² WITTGENSTEIN, L., *op. cit.*, n. 467.

⁴³ Vid. POPKIN, R. H. **La historia del escepticismo desde Erasmo hasta Spinoza**, México: Fondo de cultura Económica, 1983.

afirmação normativa, embora baseado em dados empíricos, de que o homem médio, em situação normal *pode agir de outro modo*, isto é, de que “*se pode*” agir de outro modo não resolve o problema, porque não parece suficiente para justificar uma recriminação dirigida pessoalmente autor⁴⁴.

A análise de outras, dentre as mais significativas, propostas de “saída” desse dilema mostra que é impossível encontrar uma solução satisfatória. Vamos ver.

4.1 Culpabilidade como limite. A proposta de Roxin

Roxin entende que a dúvida determinista é uma dúvida bem fundada. Com efeito, “mesmo que se quisesse afirmar a autonomia da vontade como tal”, afirma, “com isso não se haveria respondido à pergunta decisiva no processo, de que esse homem concreto poderia ter agido de outro modo dessa forma nessa situação específica; a essa questão, expresso sem rodeios pelos eminentes psiquiatras e psicólogos, é impossível responder por meios científicos”⁴⁵. Em seguida, depois de transcrever algumas frases da exposição de motivos do Projeto do Código Penal alemão de 1962, diz: “assim, de acordo com suas próprias palavras, o legislador justifica a pena somente com uma hipótese que, embora não refutada, não é verificável. No entanto, se prejudica o cidadão, não basta uma suposição desse tipo para explicar o direito a intervenções tão graves”⁴⁶.

⁴⁴ PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 138-139; COBO DEL ROSAL, M.: VIVES ANTÓN, T. S. **Derecho penal: parte general**, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 539 ss.

⁴⁵ ROXIN, C., Sentido y límites de la pena estatal, In: _____. **Problemas básicos del derecho penal**. Madrid: Reus, 1976. p. 13-14.

⁴⁶ *Op. e loc. cit.* Em outro lugar (“Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad”, em **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Madrid, 1981, p. 41), expressa o dilema de modo mais contundente: “Na atual Ciência do Direito Penal se discute vivamente a questão de se a pena pode ser justificada pela “culpabilidade” do infrator. A tese mais radical, partidária de suprimir por completo o conceito de pena, argumento de um modo aparentemente concludente: a culpabilidade supõe que o infrator houvesse podido atuar de um modo distinto do que o fez; mas uma “autonomia da vontade” desta classe não existe ou, como todos reconhecem, não se pode demonstrar cientificamente; ainda que existisse em abstrato, não se poderia demonstrar com certeza em todo caso se um infrator concreto pode atuar de um modo distinto no momento de cometer o delito. E, posto que não é possível demonstrar a existência da culpabilidade e dado que não se pode derivar deduções científicas de premissas indemonstráveis, tampouco se pode trabalhar com o conceito de culpabilidade. Se a pena é a resposta a uma conduta culpável, a não demonstrabilidade da culpabilidade leva consigo *eo ipso* a supressão da pena. Não com a pena, mas com um sistema de medidas de segurança deve proteger-se a sociedade dos abusos individuais que perturbem a paz social”.

No entanto, “o princípio da culpabilidade, se separada da teoria da retribuição, a que erroneamente se costuma considerar indissociavelmente unido, é um meio imprescindível num Estado de Direito para limitar o poder penal estatal”⁴⁷. Para Roxin, aqueles que querem acabar com tal princípio em favor de um suposto progresso desconhecem que “uma ordem jurídica que considerasse e tratasse aos criminosos como ratos que deve ser combatidos, no interesse da higiene pública” dificilmente produziria a humanização das penas; mas sim o contrário.

Aqui expus com todo rigor, o dilema aludido anteriormente. Para Roxin, a solução desse dilema reside em que a culpabilidade não seja utilizada como *fundamento* da pena, mas apenas como limite⁴⁸. Respondendo a conhecida objeção de Kaufmann (de que a culpabilidade não pode limitar a pena se não for parte de seu fundamento), Roxin admite que esta objeção é logicamente correta. “Mas”, diz ele, “eu estava me referindo ao seguinte: enquanto a medida da culpabilidade por si só, limita a pena, em vez de culpabilidade, por si só não pode fundamentar a pena. Uma conduta culpável só justifica sanções jurídico-penais enquanto necessárias por razões de prevenção geral ou especial”⁴⁹.

Estamos sem dúvida perante uma solução plausível pois, em princípio, não caberia objetar, a partir da perspectiva dos direitos do cidadão, que algo que não podemos saber com certeza, limite à reação punitiva do Estado. Mas, como assinala Cerezo, parece enigmático que uma culpabilidade, cuja existência não pode ser demonstrada, possa, contudo, servir de limite da pena. Não é possível, diz, estabelecer uma separação nítida e inequívoca entre a culpabilidade como fundamento da pena e a culpabilidade como parâmetro da medida que a pena não pode exceder⁵⁰. Porque, caberia acrescentar, se a culpabilidade não existisse (ou seja, se o indivíduo na situação específica, não estando amparado por nenhuma das causas que excluem a culpabilidade, houvesse carecido, efetivamente, do poder de atuar de outro modo), assim sendo, Roxin admite como condição da pena, qualquer pena que se lhe impusesse careceria, ao menos em parte, de um fundamento justificativo e, ao mesmo tempo, ultrapassaria o limite representado pela culpabilidade.

⁴⁷ ROXIN, C., **Sentido...**, *cit.*, p. 29.

⁴⁸ Vid. **Reflexiones**, *op. cit.*, p. 42 ss.

⁴⁹ ROXIN, C., **Sentido ...**, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁰ CEREZO MIR, J., *op. cit.*, p. 190-191.

4.2 Culpabilidade e capacidade de motivação normal

Situar o fundamento da culpabilidade não no indemonstrável “poder de atuar de outro modo”, mas na “motivação normal” não nos permite escapar do dilema. Pois, como assinala Cerezo, “a questão de saber se um criminoso, na situação concreta em que se encontrava, era capaz (suscetível) de motivação normal pela norma não apresenta maiores dificuldades que a comprovação de se poderia agir de outro modo”⁵¹. Da mesma forma, Pérez Manzano conclui sua análise sobre a “motivação normal”, nos seguintes termos:

A possibilidade de demonstrar empiricamente a possibilidade de motivação é tão duvidosa como a possibilidade de demonstrar o poder de agir de modo diferente. Os partidários da teoria da motivação solucionam a questão de sua determinação da mesma maneira que os normativistas: partindo de uma presunção normativa - todos os normais são motiváveis ou todos os não normais não são motiváveis - ,portanto, atribuem, não constata, a possibilidade de motivação do homem normal; e recorrendo ao juízo comparativo do homem médio para determinar a culpabilidade - neste caso se emprega uma terminologia diferente, normalidade.⁵²

4.3 Culpabilidade jurídica

Como vimos, para Cerezo, a solução do dilema reside na distinção entre a culpabilidade jurídica e a ética. Para afirmar a culpabilidade jurídica seria suficiente a comprovação de aspectos parciais da capacidade de agir de outro modo: somente a culpabilidade ética requereria, portanto, a prova global dessa capacidade.

Para ajuizar esta proposta é necessária uma delimitação prévia de uma ou outra espécie de culpabilidade, se possível. Há muitos anos atrás sustentei a questão da seguinte forma:

“Se devidamente delimitado o âmbito da culpabilidade jurídica, distinguindo-a da culpabilidade ética, evitam-se tais paradoxos. A culpabilidade jurídica difere da culpabilidade moral na medida em que a obrigação jurídica e a moral são, por sua própria natureza, diferentes. Segundo o conhecido critério kantiano, obrigação moral é autônoma (isto é, depende de uma norma reconhecida como válida pelo sujeito empírico), enquanto que a obrigação jurídica é heterônoma (ou seja, estabelecida por uma instância externa à consciência do indivíduo). Em um sistema democrático, o indivíduo participa no processo

⁵¹ CEREZO MIR, J., *op. cit.*, p. 197.

⁵² PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 140.

de elaboração das normas. Mas, inevitavelmente, tem que obedecer os mandatos da legislação, adotada pela maioria, mesmo quando contrárias à sua particular maneira de sentir. A violação do dever legal procedente desses mandatos pode ser moralmente irreprovável, e inclusive, valiosa; no entanto, é suficiente para afirmar a culpabilidade jurídica. Manter o contrário seria uma lamentável confusão entre o Direito penal e Moral, com todos os perigos que isso comporta⁵³”.

Com tais afirmações se pretendia rebater as teses de quem como Arthur Kaufmann⁵⁴ ou Muñoz Conde⁵⁵ sustentam que a culpabilidade *jurídica* é culpabilidade moral. Mas, hoje não me atreveria, por diversas razões, a expressar-me de modo tão contundente.

Primeiramente, não é totalmente convincente a separação entre as normas jurídico-penais e as normas morais com base em que umas – as morais – são autônomas, enquanto que outras, - as penais - não são. De um lado o fato de que uma norma qualquer seja autônoma, não a converte em moral. Isso, que parece claro quando se tratam de normas que versam sobre matérias moralmente irrelevantes, pode-se afirmar também, na minha opinião, quando a regra afeta os conflitos próprios da moral. Para colocar exemplos extremos, se um indivíduo agisse segundo uma norma em virtude da qual resultasse ilícito matar as crianças menores de três anos, não diríamos que, ao fazê-lo, agisse moralmente, mesmo que a norma fosse uma norma moral. Em sentido contrário, por mais que a proibição de matar crianças menores de três anos seja, na hipótese que analisamos, imposta pelo legislador penal e, portanto, heterônoma, não me parece discutível a afirmação de que estamos diante de uma norma moral.

Do ponto de vista das normas, penso que a distinção entre as que pertencem à ética (ou moral em sentido amplo) e as que não fazem parte dela tem que ser elaborada com base na alegação de validade que incorporam: trata-se de normas que se pretende afirmar de modo absoluto ou incondicional, fazem parte da campo da ética, embora isso não signifique que sejam eticamente corretas. Dentro das normas éticas podemos distinguir, por seu objeto, as normas jurídicas - que regulam a convivência (externa) dos cidadãos - e as morais - que regulam o âmbito (interno) da virtude pessoal⁵⁶.

⁵³ Vid. COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S., **Derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 539.

⁵⁴ KAUFMANN, A., **Das Schuldprinzip**, Heidelberg: Winter, 1961. p. 129

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F., Funktion der Strafuorm und Atrafrechtsreform. In: *Strafrecht und Strafrechls reform*, Bamberg, 1974, p. 326 ss.; El principio de culpabilidad, em III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago, 1976, p. 238-239; **El error en derecho penal**, Valencia, 1989, p. 70 ss. y 104 ss.

⁵⁶ Vid. Fundamentos ... , *op. cit.*, p. 469 - 474. Quando se nega a confusão entre a moral e o Direito penal, essa negação versa sobre o que se chamei de moral em sentido estrito, isto é, no âmbito da virtude: o Direito penal não pode exigir a perfeição moral individual, sob pena de desembocar em um totalitarismo inaceitável e insuportável; mas isso não significa, de modo algum, que as normas penais não possam e devam ter um sólido fundamento ético. E mais, uma norma que não pretenda seriamente ser justa não é, na minha opinião, uma norma jurídica.

Dito isto, se se abandona a perspectiva da norma e se adota a da obrigação, conclusões semelhantes podem ser feitas: por mais que procedam de normas autônomas os mandados anormais não produzem qualquer obrigação moral, ao contrário, as normas jurídicas legítimas obrigam moralmente a obediência. Assim, em um sentido que agora não é oportuno aprofundar, pôde afirmar Jakobs que “culpabilidade material pressupõe normas legítimas”⁵⁷.

Em consequência, pode-se dizer que embora a culpabilidade jurídica e a culpabilidade ética não são idênticas⁵⁸, parece não ser possível ver entre uma e outra as diferenças estruturais que possam justificar a diferença nos pressupostos que postula Cerezo. Ou, dito de outra forma, não é certo porque a culpabilidade ética exigiria a comprovação global do poder de agir de outro modo enquanto a jurídica poderia contentar-se com uma comprovação parcial, visto que ambos, ao consistir essencialmente em uma reprovação pessoal, requerem como pressuposto o efetivo poder individual de agir de outro modo.

5 A “DISSOLUÇÃO” DO DILEMA: REFORMULAÇÕES DA CULPABILIDADE

As vias de escape para o dilema que, ao justificar a punição, enfocam a eleição entre uma atitude *objetiva*, incompatível com a dignidade da pessoa e outra *participativa*, cujos pressupostos são geralmente indemonstráveis, discorrem inevitavelmente pela reformulação de alguns dos seus termos. Em outra parte⁵⁹ me ocupei das reformulações do determinismo que, mitigando-o, tentam fazê-lo compatível com a liberdade e cheguei à conclusão, que ainda sustento, de que o “determinismo débil” que pressupõem as teses compatibilistas não é, na realidade, determinismo. Cuidarei aqui, no entanto, das reformulações da culpabilidade material, que visam torná-la compatível com o indemonstrável poder de agir de outro modo.

⁵⁷ JAKOBS, G.. El principio de culpabilidad. In: _____. **Estudios de derecho penal**, Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 386. Tão rotunda afirmação tem que se coonestar com o que pouco depois disse Jakobs: “se na realidade não se considera seriamente a possibilidade de permanecer no estado natural, as pretensões de modificar o conteúdo de ordem só pode realizar-se através dos procedimentos previstos para isso, o que por sua vez significa: só dentro da ordem ou não renegando dela”. (*op. e loc. cit.*, p. 387).

⁵⁸ É evidente que há hipóteses em que se é moralmente culpado de algo, sem sê-lo juridicamente e, também ao contrario há muitos outros em que a culpabilidade jurídica não comporta culpabilidade moral. No entanto, a teor do exposto, não acredito que o processo de secularização, característico do Direito, de que falava TORIO (“El concepto individual de culpabilidad”, em ADCPCP, XXXVIII, 1985, p. 290), ou se preferir, o processo de diferenciação do jurídico faça perder a culpabilidade jurídica toda conotação ética.

⁵⁹ **Fundamentos ...**, *op. cit.*, p. 322 ss.

5.1 A culpabilidade sem reprovação

Ainda admitindo, como vimos, que sem a ideia de liberdade, nem o Direito penal nem a vida cotidiana podem subsistir, afirma Hassemer que essa ideia não pode sustentar uma reprovação da culpabilidade frente ao delinquentes concreto. As razões que recorre são as seguintes:

“Essa ideia, no entanto, não é apta a servir de base a uma reprovação da culpabilidade frente ao infrator. As circunstâncias em que se pode apoiar uma condenação têm que ser reunidas em um todo dentro do processo penal, que na compilação do material básico da condenação está obrigado ao método da observação. Precisamente a este tipo de observação se subtrai a liberdade de vontade, mesmo antes da observação começar. O que podemos apreender do instrumental do processo penal não é a liberdade do réu para agir de outro modo, mas as limitações materiais de liberdade, os indicadores do déficit de liberdade. No processo penal não se pode averiguar as alternativas que cabem aos acusados por trás dessas limitações. A polêmica sobre a liberdade de vontade é, portanto, totalmente irrelevante para o princípio da culpabilidade, porque mesmo uma posição indeterminista é incapaz de ajudá-lo a prover um fundamento à reprovação da culpabilidade⁶⁰”.

A proposta de Hassemer é, simplesmente, a de suprimir a repreensão da culpabilidade. Para o autor, o possível distanciamento da vida cotidiana que essa supressão representa não pode ser considerada como um obstáculo intransponível, uma vez que “a vida cotidiana não existe, senão que diferentes normas grupais de referência e estilos de conduta com relevantes diferenças na reprovação e no perdão”⁶¹. Por isso, se o Direito penal fosse vinculado à vida cotidiana, não teria por que fazê-lo a suas formas menos evoluídas. Ao que tem que acrescentar que o Direito penal sempre manteve frente à vida cotidiana uma distância crítica.

Por outro lado, para Hassemer a recriminação da culpabilidade, ao configurar a pessoa como causa exclusiva do delito, oculta a incidência dos múltiplos fatores criminológicos que contribuem para cada ação delitiva e põe ao “culpado” “a luz de um refletor que aumenta a escuridão que o rodeia”. A *teoria do bode expiatório*, tem razão, segundo Hassemer, quando sustenta que na sociedade afetada pelo mal o projeta sobre o indivíduo que o fez aparecer, expulsando-a depois.

Naturalmente, Hassemer afirma que, se prescindível a reprovação, parece perfeitamente congruente manter o princípio da culpabilidade sem ter de justificar a existência

⁶⁰ HASSEMER, W. ¿Alternativas al principio de culpabilidad?: In: _____. **Persona, mundo y responsabilidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 111-112

⁶¹ HASSEMER, W., *op. e loc. cit.*

de um poder concreto de agir de outro modo. No entanto, essa tese parece ser inaceitável por várias razões. Vejamos algumas delas.

A reprovação está inexoravelmente ligada a uma determinada atitude em relação às demais, quais sejam, uma atitude *participativa*, na qual nos sentimos ligados a eles por uma série de relações pessoais: dever, ofensa, etc. Entre as partes diretamente envolvidas em tais relações pode surgir “a gratidão, o ressentimento, o perdão, o amor e os sentimentos feridos” e, de modo distante e genérico, como substitutos, o castigo, a condenação e a aprovação moral⁶².

A reprovação da culpabilidade não é, senão que um substituto distanciado, generalizado do inevitável ressentimento da vítima da ofensa. Certamente, com estas atitudes participativas, podemos adotar outras *objetivas*. Vejamos qual é a diferença:

“A adoção da atitude objetiva em relação a outro ser humano é vê-lo, talvez, como um objeto de tática social, como sujeito ao que, num sentido muito amplo, se poderia chamar de tratamento; como algo que, certamente, deve ser levado em conta, talvez tomando medidas preventivas, como alguém que tenha que se evitar, embora esta perífrase não seja característica dos casos de atitude objetiva. A atitude objetiva pode achar-se emocionalmente matizada de muitas formas, mas não de todas: pode incluir repulsa ou medo, piedade ou até mesmo amor, embora nem todos os tipos de amor. No entanto, pode incluir uma série de atitudes e sentimentos reativos que são próprias do compromisso e participação em relações humanas interpessoais com outros; não podem incluir o ressentimento, a gratidão, o perdão, a raiva ou o tipo de amor que dois adultos sentem às vezes um pelo outro⁶³”.

A supressão da reprovação da culpabilidade implicaria, pois, na renúncia de nossas atitudes participativas em relação infrator e a substituição por outras de tipo objetivo. Mas essa substituição (a ser feita gradualmente, na medida em que identificamos âmbitos nos quais o indivíduo não é dono de si) é globalmente impossível e indesejável.

É impossível, pois mesmo na hipótese de que estivéssemos seguros da verdade do determinismo (isto é, da verdade de uma teoria segundo a qual a imputação pessoal careceria de sentido) poderíamos mudar totalmente nossas atitudes humanas básicas⁶⁴, renunciando qualquer tipo de atitude participativa.

⁶² STRAWSON, P. F., *op. cit.*, p. 41.

⁶³ STRAWSON, P. F., *op. cit.*, p. 46-47.

⁶⁴ HUME, D., *Enquiries ...*, *op. cit.*, p. 102-103; STRAWSON, P. F., *op. cit.*, p. 66-67: Na ausência de qualquer forma de atitude participativa é duvidoso que reste algo que nós possamos achar inteligível como sociedade humana.

Não é desejável, porque a atitude objetiva implica uma racionalidade instrumental, a partir do qual o outro não conta senão como objeto⁶⁵. É a reprovação, como expressão imediata da atitude participativa em relação a ele (e não a pena, que talvez seja inevitável, mas é uma mal), que “restitui ao infrator sua dignidade como ser racional, porque se dirige a ele como uma pessoa e o trata como sujeito, não como objeto”⁶⁶. De modo que a perspectiva de uma substituição global das penas por medida de segurança, a que Hassemer alude, enquanto renúncia à ideia de vingança que frequentemente acompanha a pena seria certamente desejável, mas se comportasse uma mudança no fundamento, ou seja, a substituição da reprovação por uma atitude objetivo-instrumental, não seria em absoluto pois, reduzido a objeto, o infrator perderia “a dignidade e direitos” que o igualam aos outros membros da sociedade e o poder punitivo, transformado em um poder técnico-terapêutico, careceria, em consequência, de limites.

Ao que se pode acrescentar que, ao prescindir da atitude participativa e aplicar apenas a puramente objetiva, o que careceria de sentido não seria só a reprovação da culpabilidade, mas o ordenamento jurídico como tal, uma vez que congruente com a adoção de tal atitude seria, não uma sociedade regida por normas, mas por leis científicas e técnicas aplicativas dessas leis.

5.2 A culpabilidade finalista

Com sua concepção da culpabilidade “definida” pelo fim⁶⁷ Jakobs pretende evitar um dilema que não é o que temos enfrentado, mas outro distinto, a saber:

Sem respeitar o princípio da culpabilidade, a pena é ilegítima, mas se o princípio da culpabilidade limita consideravelmente a utilização de meios socialmente funcionais, isto é, se ela tem um significado e não é um conceito vazio, então há o perigo de que a pena seja inadequada para a consecução dos seus fins e seja ilegítima por essa razão. Em outras palavras: a pena que é necessária para a consecução dos fins sociais, se não está limitada pelo princípio da culpabilidade, trata como coisa a pessoa que vai ser submetida a ela, mas a pena que é limitada pela culpabilidade de uma maneira mais que marginal perde sua funcionalidade. A título de exemplo: o mesmo ocorre com uma pessoa que sempre quer dizer a verdade, mas sem ferir ninguém (isso é, dizer a verdade de maneira limitada) - com frequência, não vai dizer nada, então seu discurso terá falhas, e não há nenhuma garantia de que resulte sequer medianamente compreensível -⁶⁸.

⁶⁵ Vid. JAKOBS, G. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 71 ss.

⁶⁶ VIVES ANTÓN, T. S., **Fundamentos ...**, *op. cit.*, p. 487.

⁶⁷ JAKOBS, G., **Culpabilidad y prevención**. In: _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid, 1977, p. 77.

⁶⁸ JAKOBS, G., “El principio de culpabilidad”, In: _____. *Estudios...*, *op. cit.*, p. 366.

Jakobs identifica duas formulações para sair deste dilema: ou se aceita que a culpabilidade está configurada a partir dos fins das penas, caso em que está em harmonia com eles e não pode servir de limite a eles, ou se admite que a culpabilidade é uma condição de subsistência da ordem social cuja estabilização se trata e, portanto, sua manutenção é perfeitamente funcional.

Apesar da intercambialidade com que Jakobs fala de um ou outro ponto de vista, não acho que sejam em absoluto iguais, por mais que resultem equivalentes de uma perspectiva puramente funcional. Parece claro que as necessidades de prevenção por si só, poderiam ser formuladas e satisfeitas à margem de qualquer ideia de norma, no sentido comunicativo do termo. Que a ordem social se encontre configurada sobre a base em uma comunicação pessoal, ou seja, sobre a base nas quais as diversas relações sociais se encontrem regidas por regras em que cada cidadão reconheça aos demais como pessoas pressupõe que a culpabilidade é uma condição de subsistência dessa ordem⁶⁹, e representa um limite à prevenção. Portanto, caberia conceituar a concepção de Jakobs mais como uma concepção da prevenção limitada para reafirmar a vigência da norma⁷⁰ do que como uma concepção da culpabilidade modulada por fins preventivos.

Dito isto, o dilema de que nos temos ocupado, relativo ao fundamento da culpabilidade, Jakobs sustenta a irrelevância do livre-arbítrio, argumentando-a da seguinte maneira:

Também um determinista pode concordar que com a distribuição de responsabilidade não há alternativa, se quiser manter-se a ordem. Quando em amplos setores se postula o livre-arbítrio como pressuposto de toda culpabilidade, ou em uma versão mais moderada, o livre-arbítrio como pressuposto geral da culpabilidade, concedendo-se, naturalmente, que o livre arbítrio não pode ser demonstrado no caso concreto (no caso concreto haveria que atender a um “poder” generalizado), esse conceito, que, sem dúvida carece de uma dimensão social, é necessário apenas se com o juízo de culpabilidade, não se conseguir unicamente um efeito social, mas também uma desvalorização do indivíduo

⁶⁹ JAKOBS, G.. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996, p. 79. JAKOBS vai ainda mais longe: para ele a culpabilidade não é só uma condição de subsistência de uma ordem social determinada; senão que traça a linha divisória entre sentido e natureza (“Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, em Poder Judicial, no. 49, 1998, p. 317). Por esse caminho não podemos, desde já, segui-lo, pela simples razão de que o sentido é e deve ser necessariamente anterior às atribuições de responsabilidade; mas não deixa de resultar chamativo que outorgando à culpabilidade um papel definidor de sentido, a sacrifique logo tranquilamente à prevenção, como imediatamente se verá.

⁷⁰ Claro que JAKOBS compensa com acréscimo essa “limitação” concebendo a prevenção como prevenção geral positiva, baseada em uma, dificilmente aceitável, imposição coativa da fidelidade ao Direito. Mas não é sua concepção da prevenção a que me proponho discutir aqui.

(reprovabilidade). Mas se nos limitamos a assegurar a ordem social, na culpabilidade já não se trata se o autor tem realmente, e não só uma determinação normativa, uma alternativa de comportamento realizável individualmente, mas de se há, para a imputação do autor, uma alternativa de organização que seja preferível em geral. Se faltar uma alternativa de organização, atribui-se ao autor uma alternativa de comportamento e o reprova se não a tenha utilizado⁷¹.

Basta o exposto para justificar a rejeição da “solução” de Jakobs. Pois não só não resolver o dilema, mas opta incondicionalmente por um dos termos do mesmo: ao autor é atribuído uma alternativa e é reprovado por não a tê-la utilizado, independentemente de quem pudesse ou não fazê-lo; ou, de outra forma, sacrificando-o como um simples meio a favor dos fins preventivos e renunciando, portanto, a reconhecê-lo como pessoa.

Assim se viola a “norma fundamental trivial de toda a sociedade” que Hegel expressou dizendo “seja uma pessoa e respeite aos demais como pessoas”⁷², e Jakobs entra – mais uma vez – em contradição consigo mesmo.

6 “BEYOND ALL REASONABLE DOUBT”

Voltando à experiência de Engisch, se uma pessoa que agiu de certa maneira em uma determinada situação, v.g., ingeriu bebida alcoólica, e logo, em uma outra situação análoga, se absteve de fazê-la, quase nenhum penalista que se preze extrai a consequência natural de que podia agir de outro modo⁷³, senão que, frente a ela, esgrime a *dúvida determinista*: parece-nos que poderia agir de outro modo; mas, não estaremos diante de pura aparência? Não ocorrerá, no fundo, que antes não teve outro remédio a não ser beber e agora não tem mais possibilidade de parar?

Essa dúvida *não* é uma dúvida comum, mas filosófica. Quem a formula não nega que, com a experiência, fique claro, segundo o modo ordinário de enxergar as coisas, que o sujeito posto a outro modo. O que nega – ou põe em evidência - é se esse modo ordinário

⁷¹ JAKOBS, G., **Derecho penal**: parte general. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 584-585.

⁷² *Imputació...*, *op. cit.*, p 314. Como acertadamente afirma ROXIN, “as teses de JAKOBS conduzem a uma completa funcionalização da pessoa do infrator”, que “é simplesmente o meio de exercer ao cidadão na fidelidade ao direito, o instrumento para a estabilização da confiança social no Ordenamento” (“¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?”, CPC, no 30, 1986, p. 681-682).

⁷³ Naturalmente, ha exceções: vid., v. gr., SCHÜNEMANN, B., La culpabilidad: estado de la cuestión, In: _____. **Sobre el estado de la teoría del delito**, Madrid: Civitas, 2000, p. 109 ss. Os refinamentos introduzidos por esse autor na sua concepção indeterminista da culpabilidade devem ser valorados positivamente, por mais que não possam ser analisados neste contexto.

de ver as coisas esteja correto. Poderia acontecer – pensa- que esse nosso modo ordinário de ver o mundo seja apenas pura aparência; que, na verdade, tudo está determinado e, portanto, nossa crença no poder de agir de outro modo não fosse verdadeira e a punição que impomos sobre essa base, seja injustificada.

É – acredito eu – esse escrúpulo resultante da justificação do castigo que levou a maioria dos penalistas a assumirem esse tipo de dúvida⁷⁴: uma *dúvida filosófica* que, como tal, não poderia ser considerada num processo e que, podendo ser descoberta, somente o seria através de uma prova filosófica da liberdade que, por meritória que fosse, não seria aceitável em juízo.

O delito e a pena são instituições do mundo da vida e não podem ser separadas dele. Estão ancoradas em nossa específica forma de vida, que é como é e cujas estruturas básicas não podemos mudar a vontade. Nós vivemos de acordo com a ideia que nós podemos agir de modo diferente de como agimos e que os outros também podem fazê-lo. Essa ideia (a ideia que, dentro de determinadas situações somos livres) é baseada no mais profundo de nosso modo de agir, de pensar e de falar: se encontra nas profundezas do que damos por certo em toda nossa estrutura vital como a ideia de que vivemos na Terra, que a Terra existe há muitos anos, etc.: “dentro do sistema total de nossos jogos de linguagem é um dos fundamentos”⁷⁵. É, por assim dizer, a pedra angular da linguagem da ação, cujo núcleo consiste em dar razões para atuar⁷⁶, o que careceria de sentido se não se pudesse atuar de outro modo.

A dúvida determinista não se limita, portanto, em por em dúvida a culpabilidade, mas, involuntariamente, vai muito além: toda a linguagem da ação é deslegitimada por ela.

Isso é particularmente claro no âmbito da dogmática penal. Pois, se a dúvida determinista fosse uma dúvida legítima, como poderíamos provar, frente a ela, que agimos, isto é, que realizamos ações e não nos limitamos a suportar uma cadeia causal inexorável simples fatos? Como poderíamos afirmar legitimamente que omitimos (ou que alguém omitiu) se a ideia de omissão pressupõe que se podia fazer algo que não se fez?⁷⁷ Não deveria questionar-se o conceito de imprudência, que supõe não só que não se observou o cuidado devido, mas também que poderia ter sido feito? E, não seria necessário renunciar a diferença entre erro evitável e inevitável, seja de tipo ou de proibição? Ou é que ao vencer o erro não se atua de modo diferente que ao permanecer nele?

⁷⁴ Ainda que mereça destacar que nenhum, pese ao escrúpulo, se inclinou finalmente por prescindir da pena ou medida equivalente, o que faz pensar que o tal escrúpulo pudesse pertencer mais à retórica que à ética.

⁷⁵ WITIGENSTEIN, L., *Sobre la certeza ...*, *op. cit.*, no 411.

⁷⁶ HUDSON, W. D., *La filosofía moral contemporánea*, Madrid: Alianza 1974. p. 340.

⁷⁷ Vid. DANTO, A. *¿Qué es filosofía?* Madrid: Alianza, 1984. p. 179-180.

O problema da liberdade de agir no Direito penal, a questão de saber se é possível, em geral ou concretamente, agir de outro modo, é ofuscada quando contaminada com o problema metafísico do determinismo-indeterminismo⁷⁸.

A liberdade de agir que para o Direito penal importa - que está na base das nossas crenças e constitui um pilar indispensável da estrutura do nosso mundo de vida - pode ser *provado* no processo penal, tanto em geral como em relação ao autor específico na situação concreta. Claro que há margens de dúvida e essas margens serão esclarecidas conforme a presunção de inocência. Mas, a exigência processual da prova da que se infere a liberdade “além de qualquer dúvida razoável” não tem nada a ver com a exigência dogmática, que, como acabamos de expor, visa subministrar uma prova da falsidade do determinismo. Uma exigência descontextualizada – pois os juristas temos que vê-las com problemas da vida ordinária, que são resolvidos nos Tribunais, não como problemas “filosóficos” –*petulante* - porque é ao dogmático que corresponderia justificar a legitimidade de suas exigências -- e incongruente - porque a dúvida que a fundamenta, ao versar sobre um dos pilares básicos do nosso jogo de linguagem “pareceria levá-lo por diante o fundo sobre o que descansam todos seus juízos⁷⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise do princípio da culpabilidade no âmbito teórico carece, pelas razões expostas, de justificação. Em termos teóricos, o que a análise dogmática do princípio da culpabilidade destaca é a crise de uma dogmática que não se contenta com provas e verdades processuais, isto é, históricas e contingentes, mas sim, baseada em suas pretensões “científicas”, as exige absolutas.

Falar de culpabilidade com a simplicidade que tenho postulado em outra ocasião⁸⁰, com a simplicidade com que se menciona no uso comum da linguagem é citada na Constituição requer que, no âmbito de aplicação do Direito penal, a dúvida determinista é uma *dúvida que duvida de tudo*, que põe em questão a estrutura do discurso e, portanto, não é realmente uma dúvida, mas algo sem sentido⁸¹.

⁷⁸ TUGENDHAT, E., *Autoconciencia y autodeterminación*, Madrid, 1993, p. 172.

⁷⁹ WITTGENSTEIN, L., *Sobre la certeza...*, *op. cit.*, no 492.

⁸⁰ Vid. VIVES ANTÓN, T. S., Artículo II. In: _____. *Comentarios al Código Penal*. Madrid, 1999, p. 521-522.

⁸¹ WITTGENSTEIN, L., *Sobre la certeza*, *op. cit.*, no 450, Una duda que dudara de todo no sería una duda. Que uma dúvida tal – e, em concreto, a dúvida cartesiana a que se refere WITTGENSTEIN – possa (ou não) ter sentido em um discurso filosófico é algo que, no contexto do Direito penal, é irrelevante.

Certamente, quando a Constituição, no artigo 24.2, estabelece o direito de não confessar a culpa, essa referência à entendida culpa é geralmente em sentido processual (em que se identifica com “a situação de que realizou todos os elementos necessários para a imposição de uma pena”) com independência de que concorram ou não os requisitos necessários para afirmar a culpabilidade em sentido material.

Mas essa opinião está longe de ser indiscutível, por mais ampla que possa estar.

Assim se tem podido afirmar, na minha opinião, com razão, que o princípio da culpabilidade e o direito à presunção de inocência se implicam mutuamente⁸² pois se a culpabilidade está firmada em um processo em que se aplica à presunção de inocência não há garantia alguma de que realmente exista, mas se, pelo contrário, regesse no processo a presunção de inocência, mas o Direito penal material não reconhece as exigências do princípio da culpabilidade, nada garantiria que a imputação do fato delitivo ao autor resultasse justificada.

Deixar de lado alguns preconceitos “filosóficos” e começar a valer-se do uso comum da linguagem e do senso comum nos colocaria, talvez, diante dos autênticos problemas que afetam o princípio da culpabilidade, que não são tanto conceituais quanto de vigência e realização. A partir desta perspectiva, o princípio da culpabilidade se encontra, desde logo, em crise pois constantemente violado.

Mas essa é outra história, em que o personagem principal não é provavelmente, hoje em dia, o Direito penal material, mas o processo penal.

⁸² GARCÍA PÉREZ, O., “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de Inocencia: los artículos 483 y 485 CP”, **ADPCP**, v. 46, 1993, p. 650-651.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BACHELARD, Gaston. **Epistemologia**. Barcelona: Ariel, 1973.
- COBO DEL ROSAL, Manuel ; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CORBÍ, J. E. e PRADES, J. L., **Minds, causes and mechanisms**: A case against physicalism. Oxford: Blackwell, 2000.
- CÓRDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y pena**, Barcelona: Bosch, 1977.
- DANTO, Arthur Coleman. **¿Qué es filosofía?** Madrid: Alianza, 1984.
- DENNET, Daniel. **La actitud intencional**. Barcelona: Gedisa, 1991.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio. Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de Inocencia. Los artículos 483 y 485 CP" in **ADPCP**, tomo XLVI, 1993.
- GARCÍA ROCA, José. **Positivism e ilustración**: la filosofía de David Hume, Valencia: Universidad de Valencia, 1981.
- HACKER, P.M.S.. **Wittgenstein, mind and will**, Oxford: Blackwell, 2000.
- HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HUDSON, W. D., **La filosofía moral contemporánea**. Madrid: Alianza, 1974.
- HUME, David. **A treatise of human nature**. Harmondsworth: Penguin, 1969.
- HUME, David. **Enquiries concerning human understanding and concerning the principles of morals**. Oxford: Oxford University, 1988.
- JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 1977.
- JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996.
- JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- KAUFMANN, Arthur. **Das Schuldprinzip**. Heidelberg: Winter, 1961.
- MOORE, G. E., Prueba del mundo exterior, In: **Defensa del sentido común y otros ensayos**. Barcelona: Gedisa, 1959.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **El principio de culpabilidad**. In: III JORNADAS DE PROFESORES DE DERECHO PENAL, Santiago, 1976.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Funktion der Strafuorm und Atrafrechtsreform. In: **Strafrecht und Strafrechls reform**, Bamberg, 1974.
- NOXON, James. **La evolución de la filosofía de Hume**. Madrid: Alianza, 1974.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y prevención**: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: Tecnos, 1990.

- POPKIN, R. H., **La historia del escepticismo desde Erasmo hasta Spinoza**. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1983.
- POPPER, Karl. **Conocimiento objetivo**. Madrid: Tecnos, 1982.
- ROXIN, Claus. ¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?, **Cuadernos de Política Criminal**, n. 30, 1986.
- ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Madrid: Reus, 1976.
- SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión, In: _____. **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 2000.
- STRAWSON, P. F., **Libertad y resentimiento**, Barcelona: Paidós, 1995.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel. "El concepto individual de culpabilidad". **Anuario de Derecho Penal y Política Criminal**, n.38, 1985.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel. Indicaciones metódicas sobre El concepto material de culpabilidad. **Cuadernos de Política Criminal**. n. 36, 1988.
- TUGENDHAT, Ernst. **Autoconciencia y autodeterminación**. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- VIVES ANTÓN, T. S., **La libertad como pretexto**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas**. Barcelona: Editorial Crítica, 1988.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Sobre la certeza**. Barcelona: Gedisa, 2000.

**LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA UNA POLÍTICA
CRIMINAL DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**
**CONSTITUTIONAL PRINCIPLES FOR CRIMINAL POLICY OF SOCIAL
AND DEMOCRATIC STATE OF LAW**

Gabriel Ignacio Anitúa*

RESUMEN

El artículo trata de discutir los principios constitucionales que pueden establecer una base de delimitación para la intervención penal en un esquema de un Estado que se pretende social y democrático de Derecho.

Palabras-clave: Principios constitucionales. Política Criminal. Estado Social y Democrático de Derecho.

ABSTRACT

The article tries to discuss the constitutional principles that can provide a basis for intervention constraint in a criminal scheme a state that seeks social and democratic law.

Keywords: Constitutional principles. Criminal Policy. Social and Democratic State of Law.

* El autor es profesor de la Universidad de Buenos Aires.

1 LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA CONSTITUCIÓN

Los principios de política criminal que se enunciaran aquí han sido las principales herramientas para combatir la política criminal autoritaria vigente desde el Antiguo Régimen hasta las actuales políticas “de emergencia”, pasando por los regímenes totalitarios del siglo XX.

En ese sentido, todos los autores que los enunciaron y afinaron propugnaban reformas político criminales y proponían alternativas al derecho penal vigente. La base de esas reformas consistió siempre en intentar limitar el poder punitivo, o la violencia aplicada legalmente por el Estado, mediante reglas racionales. Dando cuenta de ellas puede escribirse la historia del derecho penal liberal.

En los últimos años, y a raíz de la crisis de confianza en los fines instrumentales de la pena, aquel derecho penal liberal ha resurgido con su finalidad limitadora del poder punitivo. Ante las dudas sobre la capacidad utilitaria de la pena¹, las políticas criminales propugnadas por los autores democráticos han intentado basarse en la prudencia y en la limitación de la propia violencia estatal legítima. De esta manera, tales autores volvían sobre la senda del derecho penal liberal clásico expuesto ya en los textos de Beccaria, Kant o Carrara². Ello puede observarse en los autores del área anglosajona y escandinava que se engloban en las teorías llamadas del *just dessert* (cuyo nombre hace hincapié en la proporcionalidad, pero que en teoría no olvida los otros límites), y también en los de lengua alemana³.

Sin embargo han sido los autores italianos los que más directamente han influido para dictar los principios limitadores que conforman una política criminal democrática. La misma surgía en los años setenta también como una alternativa, y así era expresado por los

¹ GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna**. Tradução B. Ruiz de la Concha. México: Siglo XXI, 1999.

² SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 1992. p. 35.

³ Entre los primeros VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*, Madrid: Trotta (Tradução E. Larrauri), 1998; entre los últimos ZIPF, Heinz. **Introducción a la política criminal**. (Tradução M. Izquierdo). Madrid: EDESA 1980. Es necesario destacar que este movimiento de retorno al clasicismo penal no está exento de críticas. Entre las más agudas (y realizadas al mismo tiempo en que el neoclasicismo se presentaba como una opción frente al ideal resocializador de la pena) se encuentra la de CHRISTIE, Nils. **Los límites del dolor**, (Tradução de Mariluz Caso). México: Fondo de Cultura Económica, 1984. Para este autor el neoclasicismo ocultaba los problemas intrínsecos en la misma noción de la pena y, además, podía tornarse más lesivo que el propio intervencionismo penal reformista. Años después el propio autor confirmaría este último temor al señalar la influencia de las penas tasadas, o fijadas en la ley, sobre el aumento de la población reclusa estadounidense (CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito**. ¿La nueva forma del holocausto? (Tradução de Sara Costa). Buenos Aires: del Puerto, 1993).

grupos afines a la asociación de jueces *Magistratura democratica* que hablaban de un uso alternativo del derecho. Posteriormente, por intermedio de sus máximos representantes teóricos, comenzaría a hablarse de una política criminal garantista o minimalista⁴. Uno de los más importantes aciertos de estos planteamientos consistió en percatarse de que en realidad esa política criminal propuesta no era una “alternativa”, sino que era una derivación lógica de los principios plasmados en la Constitución.

Se debe abrir aquí un paréntesis para señalar que la Constitución italiana de 1948 permite con mayor facilidad que otras constituciones hacer esa inferencia. Dicha Constitución es de claro y expreso contenido antifascista, como producto de su génesis histórica tras la derrota militar del gobierno de Mussolini y de la monarquía que lo amparó. El recurso a las garantías individuales y a la forma republicana de gobierno demostraba que allí existía un diseño político criminal distinto –y de superior rango- que el de la legislación inquisitiva y fascista aún vigente, y el de la política criminal de “emergencia”.

Las circunstancias históricas que dieron origen a la Constitución española de 1978 son algo distintas. Esta última, como todo el proceso llamado de “transición a la democracia”, demuestra las distintas negociaciones realizadas con el régimen totalitario previo. En efecto, en algunos aspectos esta Constitución ha debido aceptar la influencia del franquismo. Ello sucede sobremanera en lo que hace a la forma de gobierno y su Jefe de Estado, al papel de las Fuerzas Armadas, y también en lo que hace al Poder Judicial (las tres instituciones que dieron soporte y continuidad a aquel régimen previo). Sin embargo, en los apartados de los derechos y garantías individuales la herencia de aquel régimen debió ceder, y es allí (donde por otro lado se advierte la profunda influencia de la Constitución italiana) el sitio en el cual quedan expuestos los principios políticos de un Estado social y democrático de derecho. Entre ellos se encuentran los principios de política criminal que se expondrán a continuación.

En tanto el proceso constitucional español, por lo antes dicho, sigue estando parcialmente abierto y en tensión constante, es responsabilidad de los ciudadanos y actores políticos y sociales que estos principios (que además se encuentran amparados por los

⁴ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal) **Revista Doctrina Penal**, Tradução B. Lenzi. Buenos Aires, Desalma. n. 40, 1987; BARATTA, Alessandro. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos. **Revista El Cotidiano**, México D.F., 1998; BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires: v. 1990/b, 2000. FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo **Revista Poder y Control**. (Tradução R. Bergalli, H. Silveira y J. L. Domínguez). Barcelona: n.0, 1986, 1986; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, (Tradução P. Andrés Ibañez y otros). Madrid: Trotta, 1995.

instrumentos internacionales y europeos de Derechos Humanos) se impongan sobre otras herencias históricas. Si esto es así, nosotros también podremos decir con los italianos que los siguientes principios son los de la política criminal de la Constitución.

2 EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS (¿FUNCIÓN LEGITIMADORA DEL DERECHO PENAL?)

Como ya se había dicho, esta política criminal limitadora de la violencia estatal es la que dará origen al derecho penal liberal. La reacción contra el arbitrio de los soberanos se advierte en todos los ilustrados, y con elocuencia en BECCARIA⁵. Una de las formas utilizadas para limitar la arbitrariedad del poder penal del Antiguo Régimen consistió en declarar la prohibición de establecer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico afectado. Para impedir la criminalización por motivos morales o religiosos se estipula, primero dogmáticamente y luego en las constituciones liberales, que no se puede crear un delito si la conducta perseguida no produce una lesión a un bien jurídico. Así aparece el límite material a la criminalización quizá más importante de la política criminal de la Constitución⁶.

Esto es lo que se conoce como “principio de lesividad” y que es expuesto por FERRAJOLI con el aforismo *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenali sine iniuria*⁷. Esa necesidad de dañar a un tercero será el denominador de la cultura penal formada desde Hobbes, Puffendorf y Locke, hasta Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi. La protección de derechos de terceros será el límite racionalizador señalado por la Ilustración. Pero como paso siguiente, y ello ocupó a casi todo el penalismo del siglo XIX y XX, debe definirse qué es lo que es una injuria o lesión a un derecho de otro, o sea, qué es un bien jurídico, sin cuya afectación no puede darse lugar a criminalizaciones.

⁵ BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. (Tradução J. Jordá). Barcelona: Bruguera 1983, p. 57.

⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**...cit., p. 267; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 120.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**...cit. p. 464.

La finalidad limitadora, en efecto, se ha visto frustrada por los diversos contenidos históricos que se le dieron al concepto de bien jurídico⁸. Una lesión se considerará que afecta a un bien jurídico sólo si afecta materialmente a otro individuo y, además, implica una “dañosidad social”, esto es, que trascienda ese conflicto víctima/victimario y su propio daño, provocando también un daño a la comunidad⁹.

Si bien esto último es necesario, no debe dejar de olvidarse el primer y principal requisito de que provoque un daño al derecho de un individuo (en forma directa o indirecta), pues de lo contrario se permitiría otra vez penar a conductas contrarias a valores morales, pero no dañinas. Los peligros actuales más evidentes en ese sentido se encuentran en la teoría funcionalista de JAKOBS, que identifica al bien jurídico con el fin de la norma penal dentro del sistema (la prevención general positiva mediante el “aseguramiento de las expectativas generales fundamentales contra su defraudación”¹⁰) y de esa manera cualquier cosa puede ser definida por el poder –o el sistema– como bien jurídico, término que perdería así su capacidad de limitar al propio poder y justificaría un derecho penal máximo o ilimitado¹¹.

De allí la crucial importancia de una definición también limitadora del concepto de bien jurídico que habilite la punición (el mismo es más limitado que el bien jurídico). Esta clase especial de bien jurídico debe implicar una lesión especialmente grave a alguno de los bienes individuales garantizados por la Constitución y que no puedan defenderse eficazmente de otra forma¹². Esta limitación es especialmente importante puesto que muchos de los penalistas que también parten de la política criminal de la Constitución no sólo derivan un límite del principio de lesividad, sino que del mismo principio hacen surgir la justificación o legitimación de la violencia estatal¹³. Para ellos no sólo es *posible* la criminalización sí y solo sí se ha vulnerado un bien jurídico, sino que también creen

⁸ Sobre sua história véase FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**...cit., p. 464 e ss; BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte general, Barcelona: PPU, 1994, p. 111 e HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**, Barcelona: PPU, 1991.

⁹ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Tradução F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 38.

¹⁰ JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**: parte general. Traducción: J. Cuello Contreras y J. Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons 1995.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**...cit., p. 275; SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**...cit., p. 268.

¹² SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**...cit., p. 276-278.

¹³ BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Control social y sistema penal**, Barcelona: PPU, 1987. p. 31. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. (Tradução D. M. Luzón Peña y otros. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 23, entre otros.

necesaria esa criminalización en tal caso. La existencia de bienes jurídicos de acuerdo a la política de derechos humanos diseñada constitucionalmente, justifica su protección, y esa protección se lograría mediante la criminalización de determinadas conductas lesivas.

En efecto, esta doble función de limitación/legitimación también forma parte de la historia del derecho penal liberal pues “la autolimitación del uso de la represión física en la función punitiva por parte del poder central, mediante las definiciones legales de los crímenes y las penas, forma parte de la nueva ideología legitimadora que, a partir del siglo XVIII, se encuentra en el centro del pensamiento liberal clásico y de las doctrinas del derecho penal”¹⁴.

Pensamos que el principio de lesividad a un bien jurídico penalmente tutelado como límite a la criminalización, no debe paralelamente legitimar a esta última ni obligar en todos estos casos a imponer una pena. En tanto quienes justifican en tal lesión la intervención del poder punitivo no pueden justificar que esa intervención ponga a salvo al bien (en el mejor de los casos pueden señalar que no hay otro medio jurídico apto para tutelarlos, pero no es posible comprobar sociológicamente que la penalización sí lo haga), no es posible legitimar al poder punitivo con la teoría del bien jurídico.

Es por ello que tiene razón ZAFFARONI cuando manifiesta que se debe “rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo de bien jurídico afectado y sólo corresponde sostener éste último como expresión dogmática del principio lesivo, que requiere también una entidad mínima de afectación”¹⁵. Es decir, se debe considerar a este principio un límite y no una legitimación para el programa criminalizante. Es decir, el criterio del bien jurídico ofrece sólo criterios negativos de deslegitimación “para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación”¹⁶.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. Tradução X. Nogués y R. Bergalli. **Revista poder y control**. Barcelona. PPU. p. 80, 1986.

¹⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**...cit., p. 122.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**...cit., p. 471.

3 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS GARANTÍAS PROCESAL-PENALES

El principio de legalidad es la principal expresión de un límite a la arbitrariedad del poder punitivo, a la vez que un fundamentador del mismo¹⁷. Era la imposición de este límite a los jueces el principal reclamo de la Ilustración, aunque reconoce antecedentes previos como la Carta Magna inglesa de 1215 y otros documentos medievales, y así quedó plasmado en las Declaraciones y Constituciones liberales¹⁸. Se le atribuye a Anselm von Feuerbach, el “padre del derecho penal”, haber formulado la aplicación de la legalidad al poder penal¹⁹. Pero ya antes BECCARIA insistía en que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador”, como límite a los magistrados²⁰.

Este límite, señalado como *nulla poena, nullum crimen sine lege*²¹, alcanza a toda la política criminal, ya sea en el punto de creación del delito y la pena (garantía criminal y penal), en el momento de su aplicación a un caso concreto por el juez ordinario determinado por la ley previa (garantía jurisdiccional) y en su caso frente a la ejecución de la pena (garantía de ejecución)²².

La Constitución española establece este principio limitador en el artículo 9.3, pero con mayor precisión en materia penal se lo menciona en el artículo 25.1, en materia jurisdiccional en el artículo 24.2, y en materia de ejecución se especifica respecto al cumplimiento de la pena privativa de libertad y, más genéricamente, en el artículo 25.2.

De acuerdo a la interpretación que le dio a estas normas el Tribunal Constitucional español en la sentencia 133 del 21-7-87, son tres aspectos que le dan contenido al principio

¹⁷ BERGALLI, Roberto. “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad” en RUJANA QUINTERO, M. (Comp.) **Filosofía del derecho, ética, cultura y constitución**. Bogotá: G. Ibañez/Universidad Libre, 1999. p. 552.

¹⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. **La Filosofía penal de la Ilustración**, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003. p. 41-47.

¹⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro ; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**...cit., p. 105.

²⁰ BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**...cit., p. 66.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**...cit., p. 374.

²² FERRAJOLI señala a lo que denomina mera legalidad como un límite sólo formal. El principio de estricta legalidad, para este autor, no se satisface con la ley formal sino que implica un límite para el propio legislador y también requiere de todas las demás garantías penales aquí señaladas separadamente (materialidad de la acción, lesividad, culpabilidad, etc.) así como las procesales (1995: 375 y ss).

en materia político criminal: pueden enunciarse como *nulla poena sine lege scripta, nulla poena sine lege stricta y nulla poena sine lege previa*²³.

El primero de esos enunciados hace mención a la ley escrita como única fuente válida del poder criminalizante. Ello implica la absoluta imposibilidad de aplicar ese poder por la vía de la costumbre, la jurisprudencia o los principios generales del derecho. Y evidentemente impide la creación de delitos por parte de los jueces. Esto es señalado por BUSTOS como la principal consecuencia de la limitación impuesta bajo el auspicio del contractualismo y como garantía de la participación ciudadana en el poder punitivo²⁴.

El mismo fundamento le otorga a la exigencia de que la ley sea estricta (o cierta), lo que implica un claro rechazo a la analogía como posibilitadora de la punición. La interpretación analógica de la ley penal queda prohibida, pero no solamente para limitar el poder abusivo de los jueces (y menos por el motivo señalado por Bustos de que ellos carecen de representatividad popular, pues como señala HENDLER también rige este límite en el derecho anglosajón²⁵), si no también para permitir la necesaria comprensión del alcance de ese poder por parte de los individuos, y permitirles impedir su aplicación. Esa comprensión del contenido de la norma puede darse por el conocimiento cabal de la misma, por lo que este principio también obliga al legislador a ser claro en sus enunciados, imposibilitando además las cláusulas generales o indeterminadas, y el establecimiento de escalas penales inusitadamente amplias.

Finalmente, el último enunciado se refiere a la irretroactividad de la ley penal. Este alcance es claramente limitativo, pues puede limitar incluso a la mayoría o a sus representantes populares, que no pueden imponer penas para actos ya pasados que no las prevenían²⁶. En relación con lo antes dicho se ha señalado que “es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena”²⁷. Ello se relaciona con la posibilidad de reprochar la conducta al sujeto, puesto que no se puede reprochar a quien no pudo motivarse en la norma por desconocerla.

²³ BUSTOS RAMIREZ, Juan **Manual de derecho penal**: parte general...*op. cit.*, p. 135.

²⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan **Manual de derecho penal**: parte general...*op. cit.*, p. 135.

²⁵ HENDLER, Edmundo. **El derecho penal en los Estados Unidos de América**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1992. p. 31.

²⁶ En contra de esta idea y justificando su fundamento en el carácter democrático del Estado, BUSTOS RAMIREZ, Juan **Manual de derecho penal**: parte general...*cit.*, p. 138.

²⁷ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Barcelona. PPU, 1996. p. 97.

En cambio, sí que es retroactiva la ley penal más favorable al acusado, puesto que en este caso la retroactividad limita a un poder punitivo que no se justifica ni para sí mismo. El carácter limitador del principio se expone así en este caso con claridad (y lo mismo cabe decir de la analogía si es aplicada a favor del acusado)²⁸. Lo que se deduce de ambos postulados es la obligación de interpretación restrictiva y prohibición de interpretación extensiva de los postulados penales²⁹.

Debe insistirse aquí, junto a la mayoría de los penalistas españoles democráticos, que el principio de legalidad atrapa a todas las fuentes estatales de las que emane poder punitivo. Cierta discurso penal tradicional ha dejado fuera de este importante límite al poder punitivo enmascarado bajo el derecho administrativo o policial.

El principio de legalidad también abarca al conocido como *ne bis in idem*, que es una garantía procesal que imposibilita que una persona que ya fue juzgada por un hecho y se libró de la pretensión punitiva pueda ser sometida nuevamente a ese riesgo por el mismo hecho. Este límite se basa en la arbitrariedad que tal persecución múltiple comportaría, y por ello se relaciona con la legalidad. Asimismo es este el fundamento que impide que dos sanciones punitivas recaigan sobre el mismo hecho: la segunda carecería de fundamento legal. Y con ello se vuelve a insistir en lo dicho el párrafo anterior, pues no importa de que naturaleza sea la sanción dolorosa aplicada por el Estado y la aplicación de un castigo excluye a otro sobre el mismo hecho.

4 EL PRINCIPIO DE LA ACCIÓN MATERIAL

En efecto, un presupuesto de elemental racionalidad para requerir la imposición de un castigo es la existencia de un hecho o acción previa de parte de aquel que pueda recibirlo. Se conoce ello como *nullum crimen sine conducta*³⁰ o *nulla injuria sine actione*³¹. De acuerdo a este principio limitador ningún daño, por grave que sea, puede estar previsto con la imposición de un castigo en la ley penal, si no es el efecto de una acción. “En

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 112-115; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Barcelona: PPU, 1996. p. 97; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal...op. cit.**, p. 112

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón...cit.**, p. 382.

³⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal...op. cit.**, p. 381.

³¹ haciendo hincapié en la justificación utilitarista de que solo las acciones –y no los pensamientos– producen daños, FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón...op. cit.**, p. 480.

consecuencia, los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas –materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables–describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal”³².

Este principio también reconoce su origen en la Ilustración, pues fue entonces cuando se intentaron limitar las persecuciones de delitos contra la religión, o en general de opinión, así como la punición de rasgos de personalidad.

Desde entonces el principio de materialidad de la acción es el corazón del garantismo penal. Cumplió un papel fundamental en el siglo XIX para impedir la criminalización de “herejes”, “judíos”, “homosexuales” y disidentes en general, y volvería a cumplirlo desde fines del siglo XIX cuando desde supuestas teorías científicas se propagó que los “delincuentes” eran una clase de los seres humanos. Asimismo volvería a cumplir su papel crucial de límite en el siglo XX contra los supuestos de “tipos criminales” sostenidos durante el nazismo por Mezger³³ y en las actuales vertientes administrativistas y preventivistas de un derecho penal que no abandona la concepción de la peligrosidad.

Es por ello que asiste razón a ZAFFARONI cuando señala que “no basta con descartar la punición de no acciones como elementalísima, sino que es preciso construir un concepto jurídico-penal de acción que sea anterior al análisis de la tipicidad”³⁴.

El poder punitivo siempre ha seleccionado a las personas por sus características personales, y la historia del principio de la acción y sus violaciones³⁵ demuestra que no es un límite que pueda supeditarse al legislador sino que debe funcionar sobre este. Por lo tanto no podemos conformarnos en señalar que son los tipos penales los que exigen la necesidad de una acción como presupuesto de delito³⁶, sino que su fundamento se halla en la Constitución y en los pactos internacionales de derechos humanos, e impide que el legislador tipifique algo distinto a una conducta, antológicamente delimitada.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**...cit., p. 480.

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

³⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**...cit., p. 381.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**...cit., p. 482 y ss; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**...cit., p. 381-394.

³⁶ Entre otros, MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**...cit., p. 152.

5 EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

Pero también el legislador encuentra límites para tipificar cualquier conducta. Desde la época en que comenzaba a desarrollarse el Estado de derecho se señala que el derecho penal ha de ser la *ultima ratio* del legislador, el último recurso que subsistirá al agotarse la imaginación para el uso de medios menos lesivos de solución de conflictos. Ello se manifiesta de dos formas: por un lado, la imposibilidad de prescribir sanciones penales siempre que se puedan esperar soluciones con la intervención de medios menos lesivos (como respuestas no jurídicas, políticas sociales, o normas de derecho civil o administrativo); por el otro, la utilización de la norma penal menos gravosa frente a la existencia de otra de mayor contenido punitivo, siempre y cuando la primera baste para cumplir los fines de la intervención penal³⁷.

La intervención mínima reconoce a la vez la peligrosidad de la herramienta punitiva cuanto su necesidad, pero esto último solo frente a la ausencia de otras intervenciones no penales³⁸. El principio de intervención mínima, del que se derivan el carácter subsidiario y el carácter fragmentario, significa que ni siquiera debe proponerse pena para todas las conductas que lesionen bienes jurídicos sino sólo frente a las más graves o modalidades más peligrosas³⁹.

De esta forma, el derecho penal liberal, desde sus orígenes, reconoce la tendencia reductiva y minimizadora de sí mismo⁴⁰. De cualquier forma, y como advertía SILVA⁴¹, los procesos de despenalización pueden afectar las garantías individuales pues en muchas ocasiones tales procesos constituirán tan sólo un “fraude de etiquetas”, mediante el cual el poder sancionador continuará haciendo lo mismo (encerrar, privar de derechos) pero ahora sin los límites –sobre todo procesales– propios del derecho penal. Esto es lo que se observa mediante la aplicación de medidas de “derecho administrativo” a inmigrantes, o de “seguridad” a jóvenes o incapacitados mentales.

³⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**...cit., p. 247.

³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general...cit., p. 66.

³⁹ MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**, Barcelona: Ariel, 1994. p. 89 e MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**, Barcelona: PPU, 1996. p. 151.

⁴⁰ El “derecho penal mínimo” ha sido un reclamo reciente de autores italianos como Baratta y Ferrajoli. SILVA SANCHEZ niega novedad sustancial a las teorías en este sentido, indicando su presencia en todo el derecho penal, en el que “no hay discrepancias a la hora de proponer una reducción de los mecanismos punitivos del Estado al mínimo necesario” (1992: 38).

⁴¹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**...cit., p. 248.

7 EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Este principio también fue reconocido por los penalistas ilustrados. Y no es extraño, por ello, que sobre él gire el propio derecho penal del Estado de derecho. Son por todos conocidos los criterios de aplicación de castigos previos a la Ilustración, y también los que sostuvieron a posteriori los criminólogos positivistas y quienes –de acuerdo con ellos- niegan la existencia del libre albedrío. Estos criterios vulneran, en realidad, la propia concepción de persona y la necesidad de “reproche” que será el fundamento inicial de cualquier teoría de la pena dentro de los Estados liberales.

Es importante insistir en ello pues no sólo en los regímenes antiguos sino también en los actuales, que en su política criminal revelan la violación de los principios sobre los que dicen erigirse, se observa el castigo por hechos ajenos –como ejemplo actual la pertenencia a un partido político, o la posible penalización de personas jurídicas en general-, por el modo de ser –penalización de ideas, o la efectiva búsqueda de “tipos” por parte de la policía-, o por actos fortuitos –responsabilidad (o cualificación) por el resultado, sobremanera si acaece tras un acto inicial ilícito-. Este tipo de medidas penales no son sólo autoritarias: también son irracionales, puesto que el derecho deja de ser en esos casos una indicación para la acción. Como afirma FERRAJOLI, “una norma penal, como cualquier otra norma regulativa, es sensata (además de bien formulada) sólo si es, a la vez, observable y violable, y carece de sentido (además de estar mal formulada) tanto si no es observable como si no es violable”⁴².

Es por ello que, en un Estado liberal, a ninguna persona le pueden ser imputadas acciones prohibidas por ley si dicha persona no ha tenido al menos la posibilidad de prever el resultado de su conducta, o si no le era posible conocer la prohibición legal o adecuar su conducta a tal prohibición en el momento concreto⁴³. Las consecuencias, por tanto, de este principio en materia dogmática penal son enormes.

No sólo se requiere que exista una acción material imputable al autor, sino que también se requiere que ese hecho haya sido querido por el autor o le sea reprochable por negligencia (cuando el autor debió prever la posibilidad del resultado). Ello es denominado como “principio de dolo o culpa”⁴⁴, que influirá en el tratamiento de la tipicidad. Además, la falta de conocimiento de la norma cuanto la imposibilidad de introyectarla (por motivos psíquicos o no) demuestran una irreprochabilidad que es juzgada en el estrato de la teoría

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**...cit., p. 498.

⁴³ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**...cit., p. 132

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**...cit., p. 97

del delito denominado “culpabilidad”, en el cual se exige una posibilidad de haberse motivado en la norma.

Estos dos ejemplos demuestran la importancia del concepto de culpabilidad como un necesario filtro para evitar irracionalidades a la hora de aplicar penas. En efecto, la pena no puede ser impuesta para quien no sea responsable o culpable de haber cometido un acción típica y antijurídica. De esa forma el principio de culpabilidad es un nuevo filtro que evita en muchos casos la imposición de penas a sujetos no responsables. Es por ello un error erradicar a la culpabilidad de los análisis realizados por la agencia judicial, con el objetivo de conseguir una mayor racionalidad (como pretende, entre otros, Gimbernat Ordeig)⁴⁵.

La mayor racionalidad va a ser proporcionada por los mayores límites al poder punitivo, por los mayores límites a la violencia. Y esos límites no se amplían si se abandona la noción liberal –y que por ello es recibida por las Constituciones y Declaraciones de Derechos– de persona. Esta última implica la autodeterminación de los seres humanos, que es el punto de partida de la culpabilidad. Ya se ha visto históricamente el resultado de aquellas políticas criminales que presuponían la determinación –física o social– de los individuos, amparadas por malas pero a veces también buenas intenciones. Tampoco puede limitarse la violencia punitiva con un criterio que evite la discusión entre libre albedrío y determinismo, eliminando el nexo necesario entre el delito y su autor, y reemplazándolo por necesidades sociales de la pena.

Por el contrario, para que el principio de culpabilidad constituya un mayor límite frente a la violencia estatal debe presuponerse un ámbito de autodeterminación, pero también incorporarse distintos elementos externos que dificultan esa autodeterminación en el caso concreto. Esto es lo que hace ZAFFARONI al hablar de la “culpabilidad por vulnerabilidad”. Dice este autor que “la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad”⁴⁶.

⁴⁵ Ver distintas posiciones críticas al principio de culpabilidad en BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte general...cit., 496 y ss.

⁴⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**...cit., p. 626.

De esta forma, el principio de culpabilidad morigerado es un principio aún más importante que cualquier justificación de la pena, lo que se condice con la importancia atribuida al concepto de persona humana en las distintas Constituciones.

8 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD MÍNIMA

Tras insistir en el principio de culpabilidad (y como consecuencia de éste) los ilustrados hacían hincapié en el principio de la proporcionalidad entre los delitos y la pena⁴⁷. La proporción de la pena con respecto al delito que la motiva es un límite que necesariamente no pueden superar las diversas justificaciones del castigo estatal, para no convertirse en sí mismas arbitrarias.

Es por ello que el principio de proporcionalidad aparece unido a cualquier derecho penal liberal, más allá de la teoría de la pena que lo fundamente, y aún cuando la idea de proporcionalidad aparece mejor expuesta por las teorías retributivas que por las utilitarias⁴⁸. Pero señalaba SILVA con respecto a la proporcionalidad que “su conflicto con la lógica de la prevención sólo tendrá lugar cuando consideraciones preventivas pudieran conducir a sanciones superiores a lo que demandara el valor de la proporcionalidad, por ejemplo; pero no, en cambio, si la lógica preventiva llevara a proponer la imposición de sanciones inferiores a lo *proporcionado*”⁴⁹.

De esta última forma debe entenderse el principio de proporcionalidad mínima. Y es que también las teorías utilitarias deben considerar algún criterio de justicia, sin el cual no podrían de ningún modo cumplir su finalidad de transmitir mensajes al condenado o a la población. Tanto en uno y otro caso la legitimación del derecho penal pasa por impedir la comisión de injusticias y arbitrariedades, mediante las cuales el Estado que impone penas sólo demuestra ser el más fuerte. En el mismo sentido, SILVA ha explicado que tanto para un derecho penal de base individualista cuanto para otro de base funcional es necesario que exista la proporcionalidad entre delito y pena⁵⁰.

Pero, en fin, el principio de proporcionalidad adquiere mayor importancia si afirmamos que los supuestos fines de la pena en nada se emparentan con una justificación

⁴⁸ para una explicación filosófica de unas y otras con ejemplificación en traducciones de Kant y de Bentham, respectivamente, RABOSSI, Eduardo. **La justificación moral del castigo**. Buenos Aires: Astrea, 1976.

⁴⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**...cit., p. 259.

⁵⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**...cit., p. 206.

del derecho penal como limitador de la violencia punitiva. Es de acuerdo a ello que el principio de proporcionalidad aparece como un límite y, por tanto, como una garantía contra la arbitrariedad y la violencia.

De tal forma, el principio de proporcionalidad mínima entre delito y pena aparece como un límite que impide la misma imposición de penas frente a hechos de poca relevancia, y también impide penas desmesuradas amparadas en necesidades de prevención general o especial. Esto es lo que afirma ZAFFARONI, para quien “la criminalización alcanza un límite intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto”⁵¹. Es así que según éste último autor, tampoco el principio de proporcionalidad legitima al poder punitivo sino que, como se sostiene aquí, es simplemente un nuevo límite para la irracionalidad más manifiesta (y la arbitrariedad) de la punición.

9 EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA

Todos los principios antes enumerados (en particular el de acción y el de culpabilidad) serían impensables sin un reconocimiento a la esencia del concepto de persona.

Es así que el respeto a tal concepto de persona humana fue la característica compartida por el movimiento ilustrado, tanto en sus representantes estrictamente jurídicos como en quienes se acercaban también a la materialidad del poder penal de su época desde perspectivas culturales más amplias. Es una “humanización” de las penas lo que se reclama, incluso socialmente, a partir del siglo XVIII. Y es esa “humanización” la que alejará a la materialidad de la pena de la muerte y otras penas corporales. Pero el principio de humanidad (en lo estrictamente referido a las penas) no podía limitarse a ello –que, por otro lado, no se logró aún en todos los países civilizados e, incluso, parece estar en un período de retroceso- sino que también continuará limitando a la inhumanidad persistente en la aplicación de las penas privativas de libertad, y cualquier otra forma de imponer dolor en forma deliberada.

El principio de humanidad aparece con una doble condición: por un lado, entonces, es impuesto como un límite a la legislación represiva desde la sensibilidad de los propios

⁵¹ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal...**cit., p. 123.

seres humanos; pero, por el otro, es el límite del programa político-criminal constitucional a las posibles demandas punitivas de los individuos, incluso si son mayoría.

Y es que lo que está en juego si se rebasa este principio es la propia dignidad humana. Es por eso que este principio que enumeramos en último lugar debiera de ser el primero en un Estado democrático pues, como dice MIR: “Es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque al Estado y hasta a la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto a la dignidad de todo hombre –también del delincuente–, que debe asegurarse en un Estado para todos” (1996: 95).

En las palabras citadas se observa un aspecto del principio de humanidad (o dignidad) referido a la esencia del Estado liberal, que se retrotrae a Kant y de acuerdo al cual ninguna persona puede ser considerada un medio para otro fin. En efecto, ese principio, llamado de la autonomía ética de la persona, es un principio garantista pero a la vez fundante de un tipo de Estado. Es así un aspecto legitimador. Pero, como advierte con acierto BUSTOS, “al mismo tiempo es un principio que en su desarrollo sirve para la deslegitimación progresiva de la intervención del Estado, en cuanto tal autonomía ética, implique cada vez más un vaciamiento del contenido coactivo de la intervención, justamente por su contradicción con tal autonomía ética de la persona”⁵².

Esta última posibilidad es quizás la más rica en consecuencias de la dignidad humana, pues en definitiva explica claramente la función reductora y limitadora de los principios constitucionales sobre el poder de coacción del Estado. Los principios constitucionales de la política criminal no legitiman el poder punitivo sino que lo limitan, lo que es lógico si pensamos que, a su vez, también el poder punitivo se enfrenta a los límites constitucionales a los que siempre intenta superar. Intentar compatibilizar la legitimación de la pena con sus límites siempre caerá en contradicción pues “el poder punitivo siempre limita la libertad

⁵² BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte general...cit., p. 194.

y que, al legitimarlo, no se hace más que sembrar la semilla de destrucción de los límites que traza”⁵³.

No se cae en contradicción sino que se interpreta claramente al derecho penal de la Constitución, cuando se hace “la comprensión del derecho penal como límite, como freno, como barrera a la arbitrariedad y al exceso, lo que exige la permanente reducción del poder punitivo”⁵⁴.

Todo lo dicho no quiere decir que la Constitución cumpla sólo un papel de “trinchera”, de límite a los poderes para evitar su arbitrariedad y violencia. Por el contrario, la Constitución obliga a pensar a la política criminal –y a la política criminal- con grandes dosis de imaginación y considerando el camino de los derechos como un sendero sin fin. Lo singular de estos principios políticos constitucionales y de las libertades proclamadas desde fines del siglo XVIII es que son indisociables del nacimiento del debate democrático

Y el debate democrático no puede autoimponerse límites, no puede aceptar un terreno de lo indecible, pues ello sería aceptar que no podemos mejorar nuestra situación, que no habrá nuevas luchas que amplíen en el futuro la concepción actual de lo que son derechos. En lo que estrictamente nos importa, la política criminal, también el derecho limitador de la Constitución puede ser el camino hacia una “utopía jurídica” que permita modificar la concepción de un “derecho penal del enemigo” –y que sólo imponga dolor– hacia otra que respete la dignidad de las personas y promueva soluciones no violentas. La fuerza de esta utopía podrá, quizá, remover los “obstáculos epistemológicos” de las teorías represivas que justifican la pena, y facilitar la concepción de un derecho penal orientado en esta otra dirección.

Esta otra dirección apunta más allá de los confines que hoy encierran a la política criminal y, sin duda, nos muestra que su consecución es indisociable de la lucha por un mundo mejor. De esta forma, “el derecho penal mínimo, el derecho penal de la Constitución, no es sólo el programa de un derecho penal más justo y eficaz, es también un gran programa de justicia social y de pacificación de los conflictos”⁵⁵.

⁵³ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**...cit., p. 264-265.

⁵⁴ MUÑAGORRI, Ignacio. “Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código penal de 1995” In: DOBÓN, J. y RIVERA, I. (Coords.) **Secuestros institucionales y derechos humanos**, Barcelona: M. J. Bosch, 1997. p. 118

⁵⁵ BARATTA, Alessandro. “La política criminal y el derecho penal de la Constitución. nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”. **Revista nueva doctrina penal**, Buenos Aires: v. 1999/B, p. 418, 2000.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal" **Revista Poder y Control**. (Tradução X. Nogués y R. Bergalli), Barcelona: PPU, n.0, 1986.
- BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal) **Revista Doctrina Penal** (Tradução B. Lenzi) n. 40, Buenos Aires: Desalma, 1987.
- BARATTA, Alessandro. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos. **Revista El Cotidiano**, México D.F., 1998.
- BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, **Revista Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires, v. 1999/B 2000.
- BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. (Tradução J. Jordá) Barcelona: Bruguera, 1983.
- BERGALLI, Roberto. Principio de legalidad: fundamento de la modernidad In RUJANA QUINTERO, M. (Comp.) **Filosofía del derecho, ética, cultura y constitución**, Bogotá: G. Ibañez, Universidad Libre, 1999.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Control social y sistema penal**. Barcelona: PPU, 1987.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan **Manual de derecho penal**: parte general, Barcelona: PPU, 1994.
- CHRISTIE, Nils. **Los límites del dolor**. Tradução de Mariluz Caso. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito**. ¿La nueva forma del holocausto?, Tradução de Sara Costa) Buenos Aires: del Puerto (, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. "El derecho penal mínimo" **Revista Poder y Control**. Tradução R. Bergalli, H. Silveira y J. L. Domínguez. nro. 0, Barcelona: PPU, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Tradução P. Andrés Ibañez y otros. Madrid: Trotta, 1995.
- GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna**. Tradução B. Ruiz de la Concha México: Siglo XXI, 1999.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Tradução F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- HENDLER, Edmundo. **El derecho penal en los Estados Unidos de América**, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1992.
- HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. Barcelona: PPU, 1991.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**: parte general. Tradução J. Cuello Contreras y J. Serrano González de Murillo. Madrid. Marcial Pons, 1995.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**, Barcelona: Ariel, 1994.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Barcelona: PPU, 1996.

MUÑAGORRI, Ignacio. "Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código penal de 1995" In Dobón, J.; In RIVERA, I. (Coords.) **Secuestros institucionales y derechos humanos**. Barcelona: M. J. Bosch, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **La Filosofía penal de la ilustración**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

RABOSI, Eduardo. **La justificación moral del castigo**. Buenos Aires: Astrea, 1976.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte General. (Tradução D. M. Luzón Peña y otros). Madrid: Marcial Pons, 1997.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

VON HIRSCH, Andrew. **Censurar y castigar**. (Tradução E. Larrauri). Madrid: Trotta, 1998.

ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZIPF, Heinz. **Introducción a la política criminal**. (Tradução M. Izquierdo). Madrid: EDERSA, 1980.



IMPUTAÇÃO PARA PRINCIPIANTES (BRASILEIROS)**

IMPUTATION FOR BEGINNERS (BRAZILIANS)

Nilo Batista*

RESUMO

O artigo trata de efetuar uma crítica à teoria da imputação objetiva, focando especialmente a postura subserviente que costuma ser adotada no Brasil em face da dogmática estrangeira. No desenvolvimento oferece extenso e atualizado panorama doutrinário brasileiro a respeito do tema.

Palavras-chave: Dogmática penal brasileira. Imputação objetiva.

ABSTRACT

This article is making a critique of the theory of objective attribution, focusing particularly subservient posture that is often used in Brazil in the face of foreign dogmatic. In the development offers extensive and updated doctrinal Brazilian panorama on the subject.

Keywords: Brazilian criminal law's theory. Objective imputation.

* O autor é professor titular de direito penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia. Advogado.

** O trabalho foi primeiramente apresentado como aula inaugural do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

I

Nas últimas décadas, chegaram ao Brasil – ora vindas diretamente da Alemanha, ora através de um ativo entreposto acadêmico colombiano – a expressão “*imputação objetiva*” e as complexas propostas que pretenderam organizá-la teoricamente. Dispomos já de uma bibliografia considerável, que visitaremos ao longo desta aula. Mas, seja pela novidade – velhíssima novidade, já veremos – seja pela complexidade de algumas construções dogmáticas, o tema preocupa professores e assusta alunos. Pensei que poderia retribuir a honra de falar para a juventude acadêmica paranaense tentando diminuir a estranheza do tema, tentando revelar como a teoria da imputação sempre foi a questão central do direito penal, que da ética antiga, passando pela teologia, chegaria aos teóricos modernos do direito natural – entre os quais temos um brasileiro, naturalmente ignorado por nossa literatura – e aos filósofos da razão e do espírito absoluto. Antes que a evocação dessas estações do percurso aumente, ao invés de dissipar, os receios estudantis, comprometamo-nos com uma exposição desataviada, solta e simplificadora, uma espécie de “imputação para principiantes”, naturalmente brasileiros. Somos latino-americanos e brasileiros, e convém olharmos para os problemas técnico-jurídicos e políticos do poder punitivo e de sua contenção pelo direito penal a partir de nosso próprio lugar histórico.

II

Num livro que deveria ser lido por todo jurista atraído pela historiografia do direito, Paul Veyne advertia que a história não tem “linhas gerais”, e quando elas parecem esboçar-se “não são didáticas”¹. Ressalvadas as boas intenções – que às vezes terminam em eficiência pedagógica, às vezes terminam no inferno – os esquemas explicativos costumam dificultar a aprendizagem, menos pelas noções, geralmente corretas, que ministram, e mais pelos itinerários alternativos que interditam. A irrupção da imputação objetiva costuma ser explicada, germanocentricamente, como uma historieta em três estágios: 1º - Hegel, na *Filosofia do Direito*, proclamou o “princípio fundamental”²: só poderia ser imputada a alguém aquela mudança da objetividade exterior que pudesse considerar-se obra sua³; 2º - em 1927 e 1930, respectivamente, Karl Larenz e Richard Honig retomam a fórmula hegeliana: o primeiro, num livro (sua tese de doutorado em Göttingen) e o segundo num artigo publicado no volume em homenagem a Frank; 3º - em 1970, Roxin – dessa feita,

¹ VEYNE, Paul. **Como se escreve a história**. Tradução. A.J.S. Moreira, Lisboa, Ed. 70, 1987. p. 124 ss.

² Assim se refere a ele REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación Objetiva**, Bogotá: Temis 1996, p. 49.

³ HEGEL, G.W.F., **Filosofia del Derecho**. Tradução A.M. Montero. Buenos: Claridad, 1968, p. 119 (§§ 115 a 118).

no livro-homenagem do próprio Honig – dialoga com aquele artigo, e substitui a categoria da dominabilidade por uma teoria geral da imputação fundada no risco criado, diminuído, permitido ou realizado⁴; dali a pouco, o funcionalismo sistêmico de Jakobs forneceria outro modelo teórico de imputação objetiva, cujo epicentro está na “defraudação do papel”, em torno do qual gravitam algumas instituições dogmáticas reconcionadas, como o princípio da confiança e a proibição de regresso⁵. Este esquema, adotado em geral nos trabalhos acadêmicos⁶, não contém nenhum equívoco. Mas não podemos ser prisioneiros dele. Não aqui no Paraná, onde Alcides Munhoz Neto ocupou-se pioneiramente da genealogia do *error iuris nocet*⁷, transmitindo a seu sucessor Luiz Alberto Machado⁸ o compromisso com um direito penal da culpabilidade, que mais tarde inspiraria Joe Tennyson Velo⁹, Rolf Koerner Júnior¹⁰, Eliezer Gomes da Silva¹¹, Flávio Antônio da Cruz¹², etc.; não no Paraná, onde René Dotti, fiel à regra iheringiana da proibição da negação, trata como interrupção donexo causal aquilo que a lei afirma ser interrupção donexo causal¹³, e Juarez Cirino dos Santos incorpora as propostas de Roxin visando compatibilizá-las à nossa experiência¹⁴; não aqui, onde Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho começam seu estudo sobre imputação em Platão e Aristóteles¹⁵; de onde proveio Juarez Tavares para temperar a causalidade com a cláusula *ceteris paribus* e reconhecer nas soluções da imputação objetiva um instrumento apenas limitador¹⁶; e onde Paulo César Busato se dedica a desconstruir mitos sobre o assunto, e o primeiro mito ao qual se atira é precisamente o da suposta “modernidade do tema”¹⁷. Não. Aqui, no Paraná, convém levantar os olhos e procurar caminhos.

⁴ ROXIN, Claus, Reflexiones sobre la problemática de *la imputación en el derecho penal*, In: **Problemas básicos del derecho penal**, Tradução D.M. Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976. p. 128 ss.

⁵ JAKOBS, Günther, **Derecho penal**, Tradução J.C. Contreras e J.L.S.G. de Murillo. Madrid: M. Pons, 1995 p. 237 ss; do mesmo: **La imputación objetiva en derecho penal**. Tradução M.C. Meliá. Madrid: Civitas, 1996.

⁶ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. S. Paulo: livraria Paulista 2002, p. 17 ss; Galvão, Fernando, **Imputação objetiva**, Belo Horizonte, 2002: Mandamentos 2002, p. 25; Suárez González, Carlos; Cancio Meliá, Manuel. *Estúdio preliminar*. In: Jakobs, Günther. **La imputación objetiva**, cit., p. 22 ss. (com menor ênfase sobre Honig, p. 29).

⁷ MUNHOZ NETO, Alcides. **A Ignorância da antijuridicidade em direito penal**, Rio de Janeiro, Forense 1978, p. 23 ss.

⁸ MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987

⁹ VELO, Joe Tennyson, **O Juízo de censura penal**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

¹⁰ KOERNER JÚNIOR, Rolf. **Obediência hierárquica**, Belo Horizonte: Del Rei, 2003.

¹¹ GOMES DA SILVA, Eliezer. **Fundamentos éticos do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2008

¹² CRUZ, Flávio Antônio de. **O Tratamento do erro em um direito penal de bases democráticas**, Porto: Fabris, 2007.

¹³ DOTTI, René. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 318 ss.

¹⁴ SANTOS, Juarez. **A Moderna Teoria do Fato Punível**, Curitiba: ICPC: Rio de Janeiro Lumen Iuris, 2005. p. 108 ss.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17 ss.

¹⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto**, Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 271 ss.

¹⁷ BUSATO, Paulo César, **Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008., p. 6 ss.

III

Começamos por uma constatação tranquilizadora: a ideia de imputação ocupou, da filosofia moral antiga à moderna¹⁸, passando pela teologia cristã medieval, o lugar que tocaria à ideia de responsabilidade. “É o conceito teológico de imputação que está na base da moderna teoria da responsabilidade”, ensina Giuliani¹⁹. E Larenz, com a autoridade de quem esmiuçou a fórmula imputativa hegeliana, adverte que “imputar-se um ato e suas consequências que estejam no âmbito abrangido pela vontade ou pela previsão significa o mesmo que saber-se responsável”²⁰. Sucede que o direito antigo ignorou os termos *responsável* e *responsabilidade*. Embora o direito romano conhecesse os cognatos *sponsio* (cuja acepção de promessa solene, não restrita ao casamento, nos interessa) e *sponsor* (cuja acepção de fiador, de alguém que se obriga por outrem, também nos interessa), e seu radical se rerepresentasse em *responsio* (resposta, réplica) e no verbo *respondeo*, *es*, *ere*, *spondi*, *sponsus* (cuja acepção própria de garantir, comprometer-se, seria ofuscada pela acepção de responder, com seu amplo arco de sentidos), em vão procuraríamos por responsável e responsabilidade. A palavra responsável aparece por volta do início do século XIV, significando algo (por exemplo, um argumento) que pode servir como refutação, ou algo (por exemplo, uma fortificação) que pode resistir, ou ainda alguém que, por estar obrigado, pode comparecer perante à justiça. Já a palavra *responsabilidade* só foi registrada na segunda metade do século XVIII, atribuindo os dicionaristas seu emprego, na França, a Jacques Necker, o banqueiro genebrino que foi ministro de Luis XVI (quem teria entrevisto o fundamento da confiança num título público na “responsabilidade do governo”), e na língua inglesa a Alexander Hamilton ou James Madison (há controvérsia sobre a autoria do antigo nº 63, de O Federalista), que escreveu: “A responsabilidade, a fim de ser racional, deve limitar-se aos assuntos dentro da capacidade do órgão responsável”²¹. É assim no século XVIII, pela dicção de quem exercia poder econômico e de quem planificava organização política, que se recompõe e se renomeia a categoria jurídica que, descolando-se de sua originária serventia teórica limitadora do poder punitivo, desempenhará a estratégica função de conceber a resposta penal como obrigação, o condenado como devedor e o exercício

¹⁸ Para distingui-las, RAWLS, John. **História da filosofia moral**. Tradução B. Herman. São Paulo: Martins 2005. p. 3 ss.

¹⁹ GIULIANI, Alessandro. Imputation et justification. In **Archives de Philosophie du Droit**. Paris v. 22, p. 85. 1977,

²⁰ LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica. Tradução. S. Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1985 p. 103.

²¹ Pela maior parte das informações acima respondem VILLEY, Michel. *Esquisse historique sur le mot “responsable”* e HENRIOT, Jacques, *Note sur la date et le sens du mot “responsabilité”*, ambos em **Archives de Philosophie du Droit**, cit., respectivamente p. 45 ss e 59 ss. Cf. HAMILTON, A.; MADISON, J. – JAY, J., **O federalista**. Tradução. H. A. Herrera, Brasília, Ed. UnB, 1984 p. 486.

do poder punitivo como um direito do soberano ou da república, o *ius puniendi*; ainda hoje estas concepções turvam o olhar dos penalistas. A carreira acanhada da categoria, entre nós, hoje, deve-se à má vontade de Néelson Hungria para com o termo imputabilidade, que ele – sob influência da tradição – afirmava, não sem alguma dose de razão no contexto do debate, “referir-se mais à ação do que ao agente”, acrescentando que “imputável quer dizer ‘que pode ser imputado’, ‘que pode ser atribuído a alguém ou levado a sua conta’”²². Por isso, a epígrafe Da Responsabilidade, logo acima do artigo 22 CP, na redação de 1940, que Francisco de Assis Toledo e seus companheiros, em 1984, substituiriam, com evidente vantagem, por Da Imputabilidade Penal.

IV

Para Aristóteles, à procura da excelência moral na conduta humana, “somente as ações voluntárias são (...) censuradas, enquanto as involuntárias são perdoadas e às vezes inspiram piedade”; portanto, a distinção entre voluntário e involuntário é decisiva, e seria “útil também aos legisladores com vistas à (...) aplicação de punições”²³. Dois milênios e meio depois, constatamos na “família” jurídica romano-germânica continental, na qual ingressaremos graças a (ou a despeito da) colonização, e não só nela²⁴, a centralidade dessa distinção, e também o quanto ainda somos tributários da investigação moral aristotélica, especialmente de sua reformulação teológica tomista. Para o estagirita, “consideram-se involuntárias as ações praticadas sob compulsão ou por ignorância; um ato é forçado quando sua origem é externa ao agente, sendo tal a sua natureza que o agente não contribui de forma alguma para o ato”, a exemplo de alguém arrastado pelo vento ou pela força de outrem. Ao contrário do ato forçado, “quando a origem de uma ação está numa pessoa, está no poder desta pessoa praticá-la ou não”. Este *estar em poder do sujeito* agir (ou não) sinaliza aí para a questão da liberdade moral, mas sua reciclagem teológica, dezesseis séculos depois, empregará uma linguagem que, perdoado o anacronismo, sugerirá fortemente a perspectiva objetiva da dominabilidade do fato. Três rápidas observações. A ação justificada por estado de necessidade (“lançamento ao mar da carga de uma nau durante uma tempestade”) constituía, para Aristóteles, um misto de voluntária e involuntária: examinando-a, ele decide que tal qualidade deve ser observada “com referência ao

²² HUNGRIA, Nelson, **Comentários ao Código Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 1, p. 321.

²³ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômacos**, Tradução. M.G. Kury, Brasília: Ed. UnB, 1985. v.3, livro 3, 1p. 49 ss., para todas as citações que se seguem.

²⁴ Para a importância da distinção voluntário-involuntário na *common law*, HART, G.L.A.. **Punishment and responsibility**, Oxford: University, 1953, Oxford, p. 90 ss.

momento da ação”. Em segundo lugar, advirta-se para o fato de que no pensamento jurídico grego antigo, o homicídio de ímpeto era designado por involuntário²⁵; aliás, o próprio Aristóteles conjecturava que talvez não fosse “correto chamar de involuntários os atos praticados por causa da cólera”. Por fim, mencionem-se aqueles casos nos quais o próprio sujeito teria dado causa à aparente involuntariedade: então, diz ele, “a origem da ação está no próprio homem, pois estava ao seu alcance não ficar embriagado, e a embriaguez foi a causa de sua ignorância; punimos igualmente as pessoas que ignoram qualquer dispositivo das leis que devem conhecer facilmente”. Aí estão, seminalmente, os elementos que permitirão no futuro a teoria das *actiones liberae in causa*, em oposição às *actiones liberae in se*. Tomás de Aquino falará de um voluntário segundo si mesmo contra um voluntário segundo suas causas, e Samuel Pufendorf distinguirá a ação que esteve em mãos do homem da ação que na sua causa esteve em mãos do homem, derivando daí, neste autor, a classificação da imputação em ordinária e extraordinária, magistralmente estudadas por Joachim Hruschka²⁶.

V

Tomás de Aquino esgotará as possibilidades da ética aristotélica, ao tratar dos atos humanos na Suma Teológica. Passemos ao largo dos meros ecos (cristianizados) do filósofo: “a ignorância causa o involuntário porque priva do conhecimento que é exigido para o voluntário”²⁷; “a violência se opõe diretamente ao voluntário”²⁸ etc. Colhamos duas passagens especiais. Na primeira, ao enfrentar a pergunta “se o voluntário pode existir sem ato” – em linguagem de hoje, se a omissão pode ser voluntária e, logo, imputável – o doutor rasgou uma trilha pela qual todos os penalistas passariam: “o que se segue à falta da ação nem sempre se atribui ao agente como causa porque deixou de agir, mas somente quando podia e devia agir”²⁹. Quem diria que o § 2º do artigo 13 de nosso Código Penal, redigido em 1984, reproduziria uma opinião sobre a imputação de condutas omissivas formulada no terceiro quartel do século XIII? Na segunda, Aquino está no cerne de nosso tema: “assim, um ato é imputado ao que (o) faz quando está sob seu poder, de modo

²⁵ Cf. o fragmento de uma lei de Dracon em BISCARDI, Arnaldo. **Diritto greco antico**. Varese: Giuffrè, 1982. p. 284 ss.; cf. PLATÃO, **As Leis**. Tradução. E. Bini. Bauru (SP): EDIPRO, 1999. p. 375.

²⁶ HRUSHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal*. Tradução N.P. Muñoz (do artigo *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*), Navarra: Aranzadi, 2005. p. 55ss

²⁷ *Summa Theologiae*, I-II, q. 6, a. 8, resp.

²⁸ *Summa*, I-II, q. 6, a.5, resp.

²⁹ “(...) *non semper id quod sequitur ad defectum actionis, reducitur sicut in causam in agens, ex eo quod non agit: sed solum tunc cum potest et debet agere*” – *Summa*, I-II, q. 6, a. 3, resp.

que o domine”³⁰. Embora, sem dúvida, ele esteja falando de liberdade moral, tanto que no mesmo texto acrescentará que “é pela vontade que o homem tem domínio sobre seus atos (*per voluntatem homo dominium sui actus habet*)”, a forma empregada evoca fortemente o conceito de domínio do fato, em sua origem penalística – Hegler, 1915 – também subjetivizado³¹.

VI

Já teremos intuído, por certo, a tensão imanente à menor incongruência que se apresentasse entre a extensão da vontade e a extensão do ato fisicamente empreendido. Para visitarmos essa questão na mentalidade jurídico-penal do século XVI, e, claro, na península ibérica, convém recordar que a doutrina do Gênesis, difundida pelo pensamento canônico e pela filosofia moral cristã, levaria à descoberta de uma nova causa, que transbordava das *quattuor causae* aristotélicas (material, formal, eficiente e final). A criação do mundo demonstrara que efeitos físicos podem provir de uma causa que não é física, e assim os teólogos – como Suarez – poderão falar de uma causa moral³². Mais tarde, no mundo mecanicista da revolução industrial, um conceito “científico” de causa – que das ciências físicas chegará à “física social”, à sociologia positivista – dominará por completo o campo da imputação jurídico-penal, e constituirá sua mais ambiciosa metáfora. Bem antes disso, já se consumara a diferenciação entre a *imputatio facti*, referida à conduta livremente exteriorizada e ao(s) resultado(s) dela advindo(s), e a *imputatio iuris*, que interrogaria a contrariedade ao dever do autor de tal conduta. Da antiga ética da virtude passáramos a uma ética do dever. Essa é a perspectiva que encontraremos em Kant: “a imputação (...) é o juízo pelo qual se declara a alguém como autor (causa libera) de uma ação, a qual assume o nome de fato (*factum*), e que está submetida às leis. Se este juízo implica ao mesmo tempo consequências jurídicas, que se derivam deste fato, a imputação é jurídica”³³. Talvez, em português, a melhor tradução para o velho *factum* de Bohemero fosse a palavra feito, no mesmo sentido em que falamos, por exemplo, dos feitos de Simon Bolívar. Fatos naturais não são imputáveis a ninguém, não constituem feitos humanos.

³⁰ “*Tunc autem actus imputatur agenti, quando est in potestate ipsius, ita quod habeat dominium sui actus*” – *Summa*, I-II, q. 21, a. 2, resp.

³¹ Cf. ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlim: W. Gruyter, 1975, p.60.

³² Cf. GIULIANI, Alessandro, *op. cit.* p. 87.

³³ KANT, Emmanuel, *Princípios metafísicos del derecho*. Tradução. G. Lizarraga, Buenos Aires: Américallee, 1974 p. 36.

VII

Estacionemos por uns minutos na metade do século XVI, na mesa de trabalho de um jurista teólogo que foi presidente do Conselho de Castela e participou do Concílio de Trento, D. Diego de Covarrubias. Nela poderemos visitar aquela tensão imanente às incongruências entre vontade e resultado, na qual ecoa o debate teológico sobre o merecimento da vontade ou da obra. A partir de textos de Marciano (por ele atribuído a Ulpiano) e de Paulo³⁴, Covarrubias se detém sobre os *pocula ad conceptionem, ad abortionem* e *amatoria*, ou seja, poções ministradas com a finalidade de conceber, ou de abortar, ou de despertar o amor, quando de sua ingestão decorra a morte. No fragmento de Marciano (ou Ulpiano) a beberagem se destinava à concepção, e no de Paulo, preconizava-se o desterro para quem ministrasse elixir abortivo ou amatório; caso resultasse morte, pena capital. Em nenhum dos casos a vontade do agente estava dirigida à morte da vítima. Covarrubias, sem encontrar na vontade uma base referencial para decidir sobre a imputação das mortes, busca a solução na objetividade do feito. A beberagem para a concepção, diz ele, “não é tão perigosa, já que é preparada com elementos que aumentam as forças do corpo, e torna mulheres e homens débeis mais vigorosos para a geração; por isso este ato não tende, apreendido pela vontade, ao perigo de morte”. Contudo, na poção para abortar – já que, diz ele, “aquele ato (do abortamento), por sua própria natureza, tende a grande perigo de morte, já que o próprio aborto, pela desintegração do corpo, é em grande maneira perigoso” – e na poção para despertar o sentimento amoroso – “bebidas que se dão (prosegue ele) para que perturbem, alterem e mudem o juízo do amante” – Covarrubias imputa a morte subsequente. Ele não deixa de invocar uma vontade indireta, tataravó do dolo eventual, porém o fundamento essencial da imputação reside em que, nesses casos, “o ato, por si mesmo querido e que fica dentro do círculo da vontade, tende mais bem ao perigo do homicídio”³⁵. A vontade ainda reinará, soberana, sobre a teoria da imputação por muito tempo, porém nesse exercício de Covarrubias predomina, obviamente nos limites do saber penalístico do século XVI, um critério objetivo, que explora fenomenicamente o feito humano. Quando o jurista-teólogo considera que a poção conceptiva é revigorante e assim, ao contrário da abortiva, não “tende ao perigo de morte”, está emparelhando à vontade um dado objetivo para decidir sobre a imputação da morte resultante de sua ingestão. Ele o designa por “tendência ao perigo de morte”; buscar-se-á regulá-lo através do conceito de ferida letal, ou letalidade da ferida, que chegará ao direito penal brasileiro³⁶; mais tarde, a metáfora da causalidade assumirá o proscênio, para estabelecer na ineficácia causal dos meios à base da tentativa inidônea.

³⁴ Cf. D. XLVIII, VIII, 3, § 2º o primeiro e D. XLVIII, XIX, 38, § 5º o segundo.

³⁵ Cf. PEREDA, Julian, **Covarrubias penalista**, Barcelona: Bosch, 1959. p. 31-32.

³⁶ Cf. art. 194 CCr 1830 e art. 295 CP 1890.

VIII

Nas escolas de direito brasileiro, frequentadas por tantos poetas de tão vário merecimento, Tomás Antônio Gonzaga é conhecido ou como aquele autor apaixonado das líras que celebraram a beleza de Marília, ou como um dos réus do mais célebre processo criminal de nosso século XVIII. Sabe-se ainda, vagamente, ter ele exercido a magistratura e ter sido condenado a degredo perpétuo em Angola, onde uma certa Juliana extinguiu as saudades da Arcádia. Menos conhecido é o fato de ter ele redigido um Tratado de Direito Natural, no qual, valendo-se de Pufendorf, Heineccio e Grotius, entre outros, encontramos um suculento capítulo sobre a imputação das ações. Publicado pela primeira vez em 1942, nas Obras Completas organizadas por Rodrigues Lapa, mereceria nos anos cinquenta um profundo estudo de Lourival Gomes Machado, que passou quase despercebido³⁷, e uma reedição que será a base de nossas citações³⁸. Recentemente, uma nova edição veio a lume³⁹. O conservadorismo político do texto de 1772 – é sua data mais provável – em oposição aos arroubos liberais das Cartas Chilenas e da própria participação na frustrada insurreição é explicado às vezes pela destinação do Tratado, que seria um concurso acadêmico⁴⁰. Assim estaria ele afinado com a proposta pedagógica conservadora dos então recentes Estatutos conimbrenses, refletindo todo o processo histórico ibérico, como Gizlene Neder observou: ao contrário de outros iluminismos europeus, a religião não perde, em Portugal, o “lugar privilegiado que ocupava na ideologização que dava suporte ao poder político”, e “a disciplina Direito Natural deveria mostrar que havia dois poderes pelos quais se regia e governava o mundo: a autoridade sagrada da Igreja e o poder real, ambos precedendo de Deus”⁴¹. Não se decepcionem, portanto, os jovens que resolverem ler o Gonzaga jurista e encontrarem um jusnaturalista teológico atrasado. Essa decepção será confortada pela qualidade jurídica do capítulo 5º, onde estudou ele a imputação das ações.

³⁷ GOMES MACHADO, Lourival. **Tomás Antônio Gonzaga e o direito natural**, Rio de Janeiro. INL-MEC, 1953. este trabalho foi reeditado pela Edusp, em 2002.

³⁸ GONZAGA, Tomás Antônio, Tratado de direito natural, In: Rodrigues Lapa, M. (Org.) **Obras Completas**, Rio de Janeiro: INL-MEC, 1957. v. 2, p. 8 ss.

³⁹ _____. _____. In: GRINSBERG, Keila. (Orga.). Tratado de direito natural. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁴⁰ Cf. Keila GRINBERG, *op. cit.*, p. XXXIV.

⁴¹ NEDER, Gizlene, **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**, Rio de Janeiro: Revan, 2000. p. 130-131.

IX

A imputação constitui, para Gonzaga, um “raciocínio” (a *Metafísica dos Costumes*, onde Kant afirma que a imputação é um “juízo”, foi escrita em 1797, um quarto de século após o Tratado de Gonzaga). Para ele, “imputar uma ação não é outra coisa mais do que julgar que o agente dela está nos termos de (...) suportar o castigo, pela lei destinado contra os executores de semelhante ação”⁴². Advertia ele, incorporando a distinção *imputatio facti – imputatio iuris*, “não ser contudo regra universal que todas as ações más se nos podem imputar, porque há muitas das quais, posto que fisicamente as fazemos, não somos moralmente autores”⁴³. Na trilha de outros jusnaturalistas, como Pufendorf, Gonzaga formula algumas regras – no caso dele, treze – sobre a imputação das ações. Acompanhemos a exposição de Gonzaga, na companhia esclarecedora de duas de suas fontes, Pufendorf (cujo *De officio hominis et civis* data de 1673) e Grotius (cujo *De jure belli ac pacis* é de 1625), e de um grande penalista contemporâneo, Mello Freire (que nasce seis anos antes de Gonzaga, em 1738, e falece doze anos antes dele, em 1798).

X

“A primeira regra – escreveu Gonzaga – é que toda ação só se pode imputar ao seu autor”⁴⁴. Quando Reyes Alvarado, em seu denso estudo, quis reduzir “a um princípio geral de direito a pretensão hegeliana de imputar a cada pessoa apenas aquilo que deva ser considerado como ‘sua obra’, nada melhor” encontrou do que “o princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual cada indivíduo deve responder por suas próprias atuações e não pelas dos demais”⁴⁵. Pufendorf – invocado, nessa passagem e em tantas outras, por Gonzaga – havia escrito, um século antes, que “nenhuma das ações que são feitas por outro homem (...) pode ser imputável a qualquer pessoa, mas somente até onde estava em seu poder”⁴⁶. “A segunda regra – de novo, Gonzaga – é que não se imputam as ações que se fazem sem lume da razão e sem vontade”, pois “não se podem dizer ‘humanas’ as que se fizerem sem vontade e sem discurso”, exemplificando com as ações de um “furioso” e de um “menino”⁴⁷. Pufendorf também negara a imputação das ações “daqueles

⁴² Tratado de Direito Natural, *cit.*, p. 54.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 35.

⁴⁵ Imputación objetiva, *cit.*, p. 50.

⁴⁶ Pufendorf, Samuel. **Os deveres do homem e do cidadão**. Tradução E.F. Alves, Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 69-70.

⁴⁷ Tratado, *cit.*, p. 56.

aos quais falta o uso da razão”, também exemplificando com “crianças” e “tresloucados, desvairados e caducos”⁴⁸. Mello Freire negava constituir delito o fato ilícito cometido por *mentecapti e furiosi*, tanto quanto por *impuberes*⁴⁹; e, ressaltando os “intervalos de razão” nos primeiros, criou os dispositivos correspondentes em seu anteprojeto⁵⁰. Grotius fundamentava no pouco discernimento referente às “distinções entre o justo e injusto” a inimputabilidade das crianças, emparelhadas aos rústicos e, então, também às mulheres⁵¹.

XI

Da terceira à quinta regra, ocupou-se Gonzaga da ignorância. Para ele, “não (se) podem imputar as ações feitas com ignorância invencível”, mas certamente são imputáveis as ações praticadas com ignorância vencível. É indiferente que a ignorância (ou o erro, que “segue as mesmas regras”) verse sobre fato ou direito: “nem nos cansamos a fazer aqui a divisão, que vulgarmente se faz da ignorância de facto e de direito, porque se ambas são invencíveis, ambas igualmente escusaram; e se ambas são vencíveis, ambas fazem as ações merecedoras do castigo”⁵². “Chama-se erro vencível ao que não se pode vencer com toda a diligência moralmente possível”⁵³. Na linha da *actio libera in causa*, afirma Gonzaga que se a ignorância “for invencível somente em si e não na sua causa, qual é a ignorância de um bêbado”, a ação será imputável; porém ele sustenta nessa situação um menor merecimento penal, já que “a bebedice lhe tirou muito do voluntário, sem o que não pode haver imputação alguma”⁵⁴. Também Mello Freire não distinguia *error facti* e *error iuris*: qualquer deles, desde que involuntário e invencível, dissolveria o ilícito⁵⁵. Porém, ao contrário de Gonzaga, não entevia um menor merecimento penal no modelo da *actio libera in causa*: invocando Aristóteles, reafirmava serem os bêbedos a “causa de sua própria ignorância”⁵⁶. Inspira-se diretamente em Pufendorf⁵⁷ a quinta regra de Gonzaga, segundo a qual a ação praticada em ignorância “pode ser imputada quando esta versar

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 75.

⁴⁹ MELII FREIRII, Paschalis Joseph. **Institutionum juris criminalis lusitani**, Coimbra: Tip. Acad.-Regia, 1829. p. 4-5; há tradução de M.P. de Meneses, em: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 155, p. 5 ss, 1966.

⁵⁰ MELO, Pascoal José. **Ensaio do código criminal**. Lisboa: *Editora Maigrense*, 1823. p. 21 (tit. II, §§ 1º a 5º).

⁵¹ Grotius, Hugo, **O Direito da guerra e da paz**. Tradução. C. Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v. 2, p. 839.

⁵² Tratado, *cit.*, p. 50.

⁵³ Tratado, *cit.*, p. 45.

⁵⁴ Tratado, *cit.*, p. 56.

⁵⁵ *Institutionum*, *cit.*, p. 4.

⁵⁶ *Idem, ibidem*.

⁵⁷ “Ignorância do dever de um homem, ou das leis das quais se origina seu dever, ou equívoco com relação a qualquer dos dois não isentam de culpa” – Os Deveres do Homem ..., *cit.*, p. 72.

sobre o que nos é necessário sabermos, para dirigirmos as nossas ações pertencentes ao nosso próprio estado”, sobre as “leis pertencentes ao nosso ofício”⁵⁸. Aqui, estamos na raiz do que será a inescusabilidade do erro de proibição quando, no âmbito de atividades regulamentadas, não cumpra o sujeito o dever de informar-se, faltando-lhe aquilo que Welzel chamou de “esforço da consciência” (*Gewissensanspannung*)⁵⁹; não por acaso, os exemplos de Gonzaga foram o “magistrado” e o “piloto”. Como ele próprio era magistrado, na sentença do processo da Inconfidência esta regra voltou-se contra ele: “sendo incrível que um homem letrado e de instrução e talento deixasse de advertir que (...) semelhante prática não podia deixar de ser criminosa”⁶⁰.

XII

Em sua sexta regra, Gonzaga nega que se possa imputar o que denomina de “ação invicta”, que antes buscara conceituar da seguinte forma: “invicto chama-se aquele ato que eu faço sem que esteja na minha liberdade não o fazer, v.g.: caí de uma escada e matei um menino, que se achava debaixo”⁶¹. Distinguiu ele o ato invicto do ato coacto, que seria “aquele que eu faço contra a vontade, posto que livre”⁶². (No léxico jurídico gonzaguiano, ação é sinônimo de ato.) Mas enquanto as ações invictas, que correspondem mais ou menos ao que hoje caracterizaríamos como coação física irresistível ou, pelo gênero, como ausência de ação, não são absolutamente imputáveis, na disciplina das ações coactas Gonzaga paga um preço pelos turbulos teológicos com os quais incensa seu Tratado. É assim que ele admite a imputação das ações coactas quando: a) sejam “exigidas por quem tenha jurisdição de violentar” (sexta regra); b) “se fizerem contra disposição de lei natural” (oitava regra). No primeiro caso, sob influência de Heineccio, nosso candidato ao magistério coimbrão exemplifica com o juiz que constrange o súdito a jurar; no segundo, “se escolhermos o executar antes a ação injuriosa a Deus do que sofrer a violência de morrer, já antepomos o nosso interesse temporal ao interesse de Deus”⁶³. Em seu favor, lembre-se que no quadro do iluminismo conservador lusitano, as ordens dos magistrados vinculavam o súdito, como nos revela aquela passagem notável do anteprojeto de Mello Freire, notável não pela solução jurídica da obediência incondicional, mas porque

⁵⁸ Tratado, *cit.*, p. 57.

⁵⁹ Sobre isso, TOLEDO, Francisco de Assis. **O Erro no direito penal**, São Paulo: Saraiva, 1977. p. 74.

⁶⁰ Autos de Devassa da Inconfidência Mineira. Rio de Janeiro: MEC, 1938. v.7, p. 171.

⁶¹ Tratado, *cit.*, p. 51.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Tratado, p. 58.

discernia com clareza justificação e *exculpação*: “todo o facto cometido em execução, e obediência de nossas leis ou reais ordens ou dos nossos magistrados, não só excusa, mas justifica o seu auctor”⁶⁴. Um século antes, muito mais laicizado, Pufendorf não admitira a imputação de ações realizadas sob compulsão, fosse na modalidade em que “outrem que é mais forte do que nós força violentamente nossos membros a fazer ou suportar alguma coisa”, fosse quando esse “mais forte ameaça alguma maldade cruel que ele tem a capacidade de nos fazer de imediato”; e na linha de cunhagem de um termo ainda hoje empregado na dogmática da autoria mediata, acrescentava: “aquele que nos coloca sob essa necessidade deve ser reputado o autor do fato, e esse mesmo fato não é imputável a nós mais do que um assassinato à espada ou ao machado que foi seu instrumento”⁶⁵.

XIII

Da nona regra, segundo a qual “as ações instigadas pelo temperamento do corpo ou propensão do ânimo se poderão imputar ao seu agente”, destaquemos a observação de que aquela que o sujeito pratique “movido de alguma dor (...) sempre lhe será menos imputada”. Esta observação, como outras similares que a precederem, relaciona-se à última das regras propostas por Gonzaga (que seria a décima-terceira): “as ações humanas se devem imputar mais e menos, conforme a modalidade delas e o ânimo de agente”, acrescentando que a pena correspondente “se deve comensurar e distribuir à proporção do delito”⁶⁶. A *proporcionalidade entre a pena cominada pelo legislador e o delito* constituiu um lugar-comum do penalismo ilustrado⁶⁷, do qual Gonzaga não passou de remoto e insensível contemporâneo; embora o Tratado tenha sido escrito seis anos depois da primeira publicação, ainda apócrifa, do opúsculo de Beccaria, são dois livros de duas épocas distintas, que respondem a mentalidades jurídicas distintas e se comprometem com projetos políticos antagônicos, cujo entrelaço, num pequeno sismo periférico, afetaria drasticamente o destino de Gonzaga. Nessa passagem, alapado num porão da *imputatio iuris* (ações “instigadas pelo temperamento do corpo ou propensão do ânimo”), nosso autor está falando – como falara anteriormente, por exemplo na tolerante apreciação da embriaguez voluntária – de proporção na aplicação judicial da pena. Mas sua perspectiva

⁶⁴ Ensaio..., *cit.*, p. 23 (tit., II, § 14).

⁶⁵ Os Deveres, *cit.*, pp. 73 e 75.

⁶⁶ Tratado, p. 59.

⁶⁷ Cf. BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle Pene**, cap. XXIII; MARAT, Jean Paul. **Plan de legislation criminale**. Paris: A Montaigne, 1974. p. 69 ss.; LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de. **Discurso sobre las penas**, Granada: Comares, 1997. p. 24 ss.

é a de um magistrado do *ancien regime*, que podia recorrer a uma pena não prevista em lei, a chamada pena extraordinária; estamos ainda distantes daquele produto teórico que, vencidos os preconceitos revolucionários sobre o arbítrio dos juízes (que deveriam ser apenas “a boca da lei”) e com subsídios do positivismo criminológico, chamar-se-ia individualização da pena⁶⁸. E já que estamos no porão, invoquemos a décima regra de Gonzaga: “todas as ações que se fazem em sonhos não se podem imputar”⁶⁹. Ele está aqui à frente de Mello Freire, que embora assumisse nas Instituições posição similar, em seu anteprojeto cunhara uma fórmula, hoje quase incompreensível, de delito onírico culposo⁷⁰. Ao dizer Pufendorf que “a fantasia no sono é como um barco à deriva sem piloto”⁷¹ estava negando que se pudesse aí reconhecer ação humana.

XIV

Apenas mencionaremos a regra undécima, sobre a imputação de ações alheias “que outro fizer por nosso conselho”: a instigação faz com que tais ações sejam “moralmente nossas”⁷². E chegamos, finalmente, a uma das questões centrais no processo histórico de laicização dos aparelhos punitivos: a disjunção entre delito e pecado, superpostos pelo direito penal e penitencial canônico. Grotius já proclamara que “os atos puramente internos (...) não podem ser punidos pelos homens”⁷³. Mello Freire diria, lapidarmente, que “o fato ilícito, que não prejudica a sociedade ou os cidadãos, como a embriaguez privada, a ambição e a mentira, que não lesem direito alheio, não é delito”⁷⁴. Nosso jurista-poeta formulou o princípio do seguinte modo: “No foro divino hão de se imputar todas as ações internas. Deus, como conhece os interiores dos homens, há de lhes imputar as ações internas. Os homens não podem ter conhecimento dos interiores dos outros. Logo, só poderão imputar as (ações) externas, as quais só ficarão sujeitas ao conhecimento humano”⁷⁵. Quem supuser que esta fórmula ostenta o bolor de um direito que ainda não se divorciou da religião, tente imaginar as veredas – anteriores e posteriores a Gonzaga – pelas quais circulou ela, até sedimentar-se em texto da Constituição Nacional Argentina,

⁶⁸ A inevitável referência é o livro, de 1898, de SALEILLES, R., **L'individualisation de la peine**. 2 ed. Paris: F. Alcan, 1909.

⁶⁹ Tratado, cit., p. 59.

⁷⁰ Para as *Institutionum*, p. 4; no Ensaio, tit. II, § 7º: “O delicto que se commetter em sonhos não é imputavel, salvo podendo-se prever antes, e não se acautelando” (p. 22).

⁷¹ Os Deveres..., cit., p. 75.

⁷² Tratado, cit., p. 59.

⁷³ O Direito da Guerra..., cit., v. II, p. 823.

⁷⁴ Tratado, cit., p. 60.

⁷⁵ *Institutionum*, cit., p. 5.

preservado na reforma de 1994, neste formoso e politicamente muito importante “artigo 19: As ações privadas dos homens, que de nenhum modo ofendam à ordem e à moral pública, nem prejudiquem a um terceiro, estão apenas reservadas a Deus, e isentas da autoridade dos magistrados”.

XV

A categorização jurídico-penal de elementos que compuseram a teoria da imputação das ações constitui a história da teoria do delito, na qual naturalmente não intervém uma razão universal, e sim propostas político-criminais historicamente determinadas pelo uso de poder punitivo pelas classes dominantes. A centralidade da imputação pode ver-se naquela distinção, que Hruschka extraiu da jurisprudência iluminista, entre *regras de comportamento* (com função prospectiva, com pretensão de configuração social, constituídas pelos tipos legais de delito e pelas causas de justificação) e *regras de imputação* (com função retrospectiva, tendo por destinatário o julgador, constituídas pelas normas que regulam a atribuição da própria conduta e, quando seja o caso, de seu resultado, bem como pelas normas que avaliam o merecimento jurídico da concreta atuação do sujeito)⁷⁶. Dentro das regras de imputação teremos as questões de imputação objetiva (causalidade, dominabilidade, lesividade concreta, regresso, risco, etc) e de imputação subjetiva (dolo, culpa, erro, capacidade de culpabilidade, consciência ao menos potencial da ilicitude, exigibilidade etc). Aí estão as velhas *imputatio facti* e *imputatio iuris* ao alcance da mão e, para o bem ou para o mal, da imaginação dos penalistas. O idealismo burguês alemão não é, absolutamente, o ponto de partida desse longo e inconcluso procedimento teórico. Hegel tinha dois anos quando Gonzaga escreveu o Tratado de Direito Natural, mas sabemos muito bem que, para Hegel, tudo o que aconteceu na América não passava de um “eco do velho mundo, (d)a expressão de uma vida estrangeira”⁷⁷. Nós – e a juventude acadêmica na vanguarda – sabemos que não é assim, e que as brutalidades da colonização e do escravismo, como os genocídios que implicaram, é que constituem nossa verdadeira história, cujo conhecimento é condição da sempre adiada emancipação de nosso povo. Neste momento, em que um estado policial, nascido da implantação entre nós do empreendimento neoliberal, investe sobre as ilegalidades populares, pela criminalização das estratégias de sobrevivência da pobreza, e espezinha e zomba das garantias constitucionais, será confortador contarmos com um estoque oitocentista de propostas limitadoras da imputação das ações, e portanto do poder punitivo. O estado

⁷⁶ Cf. HRUSCHKA, Joachim, *op. cit.*, p. 27 ss.

⁷⁷ HEGEL, G.W.F., **Filosofia da história**. Tradução. M. Rodrigues e H. Harden, Brasília: Ed. UnB, 1995. p. 79.

policial avança pelo conceito de risco, depois pelos atos preparatórios, mais tarde pela similitude ou pela vizinhança (analogia), logo a pretensão criminalizante estará na cogitação, na “propensão do ânimo”, no desejo. No estado policial – como percebeu Melossi no punitivismo pós-fordista⁷⁸ - os sistemas penais aceleram suas demandas por autonomia, e efetivamente se autonomizam. As melhorias observadas nos indicadores sociais brasileiros, nestes últimos anos, não correspondeu qualquer redução ou pelo menos estabilização no grande encarceramento em curso. E lembrem-se de que a primeira pesquisa empírica realizada sobre a política dos “crimes hediondos” só fez atestar seu retumbante fracasso. Mas aquilo que Christie chamou de “indústria do controle do crime”, aquele complexo econômico privado que se articula em diversos níveis com o sistema penal público, constitui uma força econômica, um capital que se reproduz nos próprios alicerces, e que cresce na razão direta da policização dos meios de comunicação e do terror infundido na população. Para os bons negócios da hotelaria penitenciária, a prevenção, especial ou geral, positiva ou negativa, é teoria feita sob medida; e as penas longas, além de neutralizarem por mais tempo, e exemplarmente, o infrator, são as mais lucrativas. Este novo sistema penal, das novas agências que se especializam nos serviços delegados (furtos de energia elétrica, “gatonet” etc), e cujo desempenho se reflete diretamente no balanço das concessionárias, à afortunada indústria cultural, que enaltece a tortura e o extermínio, este novo sistema penal é capaz de autorreproduzir-se nas conjunturas políticas mais diferentes. Como aquele Samson, da família de carrascos franceses na qual Anitua percebeu a profissionalização⁷⁹, e que se vangloriava de ter cortado a cabeça de quem já mandara cortar cabeças, o novo sistema penal desmerece e desqualifica, pela criminalização, forças políticas à esquerda e à direita. Só ele, intocável, rege sobre tudo; das televisões grita o culto do dogma penal, a nova teologia neoliberal cujo evangelho reza: no começo, era a dor. Gonzaga foi literariamente brasileiro, e sua simpatia pela frustrada revolução liberal o tornou jurídica e politicamente brasileiro. Por que não trabalhamos com seu texto sobre imputação das ações, como fazem os juristas europeus com seus predecessores? Se alguma lição pudesse restar de nossa aula de hoje, seria esta: está nas mãos dos jovens estudantes de direito, nesses tempos em que o internacionalismo é uma estratégia do capital financeiro transnacional hegemônico, pela fidelidade à nossa história, a construção de uma teoria jurídica que se recuse a perpetuar o processo de colonização que, também no plano da cultura, tanto nos oprimiu e desfigurou. Numa fórmula simples, despedindo-nos de Hegel: fazer de nosso direito penal uma obra nossa, que nos seja apaixonadamente imputada. Muito obrigado.

⁷⁸ Cf. MELOSSI, Dario. Prefácio In: DI GIORGIO, Alessandro. **A Miséria governada através do sistema penal**. Tradução. S. Lamarão, Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 9 ss.

⁷⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio, **Historias de los pensamientos criminologicos**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 63.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias de los pensamientos criminologicos**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução. M.G. Kury. Brasília: UnB, 1985.
- BISCARDI, Arnaldo. **Diritto greco antico**. Varese: Giuffrè, 1982.
- BUSATO, Paulo César. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Livraria Paulista, 2002.
- CRUZ, Flávio Antônio de. **O Tratamento do erro em um direito penal de bases democráticas**, Porto: Fabris, 2007.
- DI GIORGIO, Alessandro. **A Miséria governada através do sistema penal**. Tradução S. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DOTTI, Rene. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 318 ss.
- FREIRII, Paschalis Joseph Melii. **Institutionum juris criminalis lusitani**. Coimbra: Tip. Acad.-Regia, 1829.
- GALVÃO, Fernando. **Imputação objetiva**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GIULIANI, Alessandro. Imputation et justification, in **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, v. 22, 1977.
- GOMES DA SILVA, Eliezer. **Fundamentos éticos do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GONZAGA, Tomás Antônio. Tratado de direito natural. In: Rodrigues Lapa, M. (Org.) **Obras Completas**, Rio de Janeiro: INL-MEC, 1957; v2.
- GROTIUS, Hugo. **O Direito da guerra e da paz**. Tradução C. Mioranza, Ijuí: Unijuí, 2004. v2.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J.. **O Federalista**. Tradução. H. A. Herrera, Brasília: UnB, 1984.
- HART, G.L.A., **Punishment and responsibility**. Oxford: Oxford University, 1953.
- HEGEL, G.W.F., **Filosofia del derecho**. Tradução: A.M. Montero. Buenos Aires: Claridad, 1968.
- HEGEL, G.W.F. **Filosofia da história**. Tradução: M. Rodrigues, H. Harden, Brasília: UnB, 1995.
- HENRIOT, Jacques. Note sur la date et le sens du mot responsabilité. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris: v. 22, 1977.
- HRUSHKA, Joachim. **Imputación y derecho penal**. Tradução. N.P. Muñoz. Navarra: Aranzadi, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Tradução. J.C. Contreras, J.L.S.G. de Murillo. Madrid: M.Pons, 1995.

- JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en derecho penal**. Tradução. M.C. Meliá, Madrid: Civitas, 1996.
- KANT, Emmanuel. **Princípios metafísicos del derecho**. Tradução. G. Lizarraga. Buenos. Aires: Américalée, 1974.
- KOERNER JÚNIOR, Rolf. **Obediência hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de. **Discurso sobre las penas**. Granada: Comares, 1997.
- LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Tradução. S. Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1985.
- MACHADO, Lourival Gomes. **Tomás Antônio Gonzaga e o direito natural**. Rio de Janeiro: INLMEC, 1953.
- MARAT, Jean Paul. **Plan de legislation criminale**. Paris: Montaigne, 1974.
- NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal juso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Revan, 2000.
- PEREDA, Julian. **Covarrubias penalista**. Barcelona: Bosch, 1959.
- PLATÃO. **As Leis**. Tradução. E. Bini. Bauru: EDIPRO, 1999.
- PRADO, Luiz Régis, CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- PUFENDORF, Samuel. **Os Deveres do homem e do cidadão**. Tradução. E.F. Alves, Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- RAWLS, John. **História da filosofia moral**. Tradução. B. Herman, S. Paulo: Martins Fontes, 2005.
- REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación objetiva**. Bogotá: Temis, 1996. p. 49.
- ROXIN, Claus, **Täterschaft und Tatherrschaft**. Berlim: W. Gruyter, 1975.
- ROXIN, Claus. **Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal, em problemas básicos del derecho penal**. Tradução. D.M. Luzón Peña, Madrid: Reus, 1976.
- SALEILLES, R.. **L'individualisation de la Peine**. Paris: F. Alcan, 1909.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **O Erro no direito penal**, São Paulo: Saraiva, 1977.
- VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal**, Porto Alegre: Fabris, 1993.
- VEYNE, Paul. **Como se escreve a história**. Tradução. A.J.S. Moreira, Lisboa: Ed. 70, 1987.
- VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris: v 22, 1977.

DE MAGISTRADOS, INQUISIDORES, PROMOTORES DE JUSTIÇA E SAMAMBAIAS. UM ESTUDO SOBRE OS SUJEITOS NO PROCESSO EM UM SISTEMA ACUSATÓRIO

MAGISTRATES, INQUISITIVE, PROSECUTORS AND SAMAMBAIAS. A STUDY ON THE SUBJECTS ON THE PROCESS IN AN ACCUSATORY SYSTEM

Paulo César Busato*

RESUMO

O artigo trata de analisar a posição dos sujeitos do processo à luz do novo projeto de Código de Processo Penal, especialmente do Promotor de Justiça. Reconhece-se a adoção de um perfil prevalentemente acusatório no projeto, ainda que não seja uma orientação plena. A partir desta perspectiva, busca-se analisar a iniciativa de produção probatória às partes, mantendo o juiz a distância, bem como a entrega efetiva do comando da investigação ao Ministério Público, como elementos capazes de situar o que deve ser a postura processual do Promotor de Justiça. Conclui-se pelo reconhecimento de uma tendência evolutiva do sistema processual brasileiro em direção a um modelo acusatório, estabelecendo as bases ideais da postura do Promotor de Justiça em um sistema desta ordem.

Palavras-chave: Sujeitos do Processo. Ministério Público. Gestão da Prova. Poderes investigatórios.

ABSTRACT

The paper aims to analyze the position of subjects of the process in light of the new draft Code of Criminal Procedure, particularly the Promoter of Justice. We recognize the adoption of a predominantly adversarial profile in the project, although not a full orientation. From this perspective, seeks to analyze the initiative to produce evidence to the parties, keeping the judge from a distance, as well as delivering effective command of the investigation to prosecutors, as elements capable of placing what should be the procedural posture of the Promoter of Justice. It is the recognition of an evolutionary trend of the Brazilian procedural system toward an adversarial model, establishing the bases of the ideal position of Promoter of Justice in a system of order.

Keywords: Subjects of the Process. Prosecutors. Management of Proof. Investigative powers.

* O autor é Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná e da FAE Centro Universitário, Doutor em Problemas atuais do Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha e Promotor de Justiça no Estado do Paraná.

INTRODUÇÃO

Qualquer comentário sobre os sujeitos no processo deve ir muito além do que simplesmente a análise do capítulo que corresponde a este título no Código de Processo Penal ou no Projeto de sua reforma. Muito mais se o enfoque a ser dado é na figura do Promotor de Justiça, que representa o sujeito responsável pela formulação, apresentação e defesa do caso penal, alvitando a aplicação de pena no caso concreto.

Ainda assim, o artigo 58 do projeto diz muito, na medida em que estabelece, a um só tempo, que o Ministério Público zele pela ordem jurídica e pela concreta aplicação da lei.

Aqui, cumpre analisar o que possa ser esta *ordem jurídica* e esta *correta aplicação da lei*. A ordem jurídica é, sem dúvida, a ordem democrática instaurada pela Constituição da República. Este há de ser o filtro interpretativo da atuação do Ministério Público como parte representante do interesse social no procedimento penal.

A correta aplicação da lei, por seu turno, refere ao processo de criminalização secundária, especificamente, no que tange ao espírito do Projeto do novo Código, de adoção de um sistema preponderantemente acusatório, que há de ser a base hermenêutica dos dispositivos em concreto.

Assim, não se pretende aqui ficar adstrito a uma discussão sobre as suspeições e impedimentos que afetam as partes, mas sim buscar entender, na dinâmica das sucessivas reformas processuais penais brasileiras, quais as transformações estruturais que afetam a posição dos sujeitos no processo, especialmente enfocado o papel que compete ao Ministério Público dentro dessas transformações.

Conquanto uma análise desta natureza que quisesse ser profunda e adequada demandasse o largo esforço de ver, sob o prisma do perfil do adotado pelo Ministério Público, todos os tópicos que do novo projeto, o espaço do presente escrito não comporta um trabalho de tal envergadura. Portanto, a opção tomada será simplesmente a de apontar dois tópicos que representam simbolicamente a dinâmica de todo o Código.

1ª TRANSFORMAÇÃO – A POSIÇÃO DAS PARTES E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA

A primeira relação obrigatória para esta compreensão é a verificação do modelo de manejo probatório que as reformas processuais pretendem implantar, que sempre dita o norte do sistema processual.

É sabido que inexistente na prática legislativa um modelo de sistema jurídico processual penal que possa afirmar-se inteiramente acusatório ou inteiramente inquisitivo. Assim, que se fala, mais corretamente de um sistema predominantemente acusatório ou

predominantemente inquisitivo. Nessa dinâmica, é possível dizer que o sistema do processo penal brasileiro progressivamente ganha cores acusatórias¹, já que veio historicamente marcado por um perfil inquisitivo². Em primeiro lugar, a partir da determinação constitucional que estabelece de modo expresso o monopólio do manejo da acusação na pessoa do agente do Ministério Público³.

Ademais, e ainda com foco na Constituição, é forçoso reconhecer que o próprio princípio da divisão entre os poderes⁴ estabelece que a função punitiva é tarefa administrativa própria do executivo, enquanto que função de julgar é do judiciário⁵.

A própria afirmação do “Estado democrático de direito” exige que o Estado-juiz se submeta às limitações e não goze de um poder absoluto de produção das provas que amparariam seu próprio juízo⁶.

Isso afeta diretamente o papel do sujeito no processo. Isto porque, a separação de funções de julgador e de acusador é elemento essencial do modelo acusatório, enquanto que sua cumulação é a marca do modelo inquisitivo⁷.

Quanto mais se aproxima um sistema de um modelo acusatório, mais os resultados da aplicação processual se aproximam da realização de um escopo de justiça, em contraposição da pretensão de afirmação de verdade que é própria de um modelo inquisitivo.

O modelo inquisitivo, como se sabe, tem por base a ideia de que é possível, através do método processual, reproduzir a verdade absoluta dos fatos. Esta descoberta da *verdade real* seria a única forma de repetir, na justiça dos homens, o perfil da justiça divina, pois ela permitiria afirmar o que *realmente aconteceu*, assim, para atingi-la, seria válido o emprego de qualquer meio. Conforme refere Feitoza, “com esse tipo de raciocínio os juízes inquisidores chegaram facilmente ao principal meio de prova que utilizavam – a tortura -, tanto que inquisição e tortura são empregadas, muitas vezes como sinônimas”⁸.

¹ Nesse sentido, RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 - p. 51.

² Denílson Feitoza refere que “um “observador externo” ao nosso sistema diria que nosso sistema não é acusatório, por ser marcadamente informado pelo princípio inquisitivo”. In FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal**. Niterói: Impetus, 2008. p. 36.

³ cf. art. 129, I, da Constituição da República.

⁴ art. 2º, da Constituição da República.

⁵ Nesse sentido, FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal...Op. cit.**, p. 39.

⁶ Idem, p. 39.

⁷ “As características fundamentais do sistema acusatório residem: a) na separação das pessoas e dos poderes dos que atuam no processo (o acusador, requerendo e perseguindo criminalmente; o juiz ou tribunal, julgando; e o acusado, podendo resistir e exercer o direito de defender-se); b) na exigência de que a atuação do órgão jurisdicional para decidir e os limites de sua decisão dependem da “ação processual” (requerimento) de um acusador e do conteúdo de sua ação (princípio do *ne procedat iudex ex officio, ou nemo iudex sine actore*); c) na possibilidade de resistência do acusado”. FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal...Op. cit.**, p. 32. Identificando características semelhantes, RANGEL, Paulo. **Direito processual penal...Op. cit.**, p. 50.

⁸ FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal...Op. cit.**, p. 38.

Antes de tudo é necessário dizer que a expressão *verdade real* – absolutamente pleonástica – expressa pouco ou nada em termos jurídicos, já que a pretensão de qualquer sistema normativo é a afirmação de sua validade e não de qualquer verdade intrínseca. Como bem refere Claus Volk, “o empreendimento verdadeiramente empírico de remeter tudo ao observável, fracassou há muito tempo”⁹.

Ademais, do processo é que não se pode esperar qualquer verdade, já que ele representa apenas uma pálida reprodução dos fatos e não os fatos por si mesmos¹⁰. Estes são irre recuperáveis, por muito que seja perfeita a reprodução probatória. Isto porque, uma variável, pelo menos, é absolutamente irrepitível: o tempo. A impossibilidade de repetir o tempo no processo inviabiliza a correta análise contextual em que se desenvolveu o fato. Como o julgamento é *a posteriori*, ele jamais poderá ser absolutamente verdadeiro, porque o transcurso do tempo transforma o contexto¹¹.

A afirmação definitiva da democracia, que é uma das metas da sociedade do terceiro milênio, passa naturalmente pela superação da pretensão de afirmação da verdade pelo direito e sua progressiva substituição pela pretensão de justiça¹².

Por um lado, porque a busca incessante de uma verdade absoluta implica em afirmações universais que vilipendiam o respeito pelas diferenças, base fundamental de qualquer democracia. E por outro, porque já se verificou que a pretensão científica de afirmação de uma verdade é algo completamente fora do alcance do direito¹³ que, por si, não é uma ciência, mas uma simples forma de argumentar, criação humana, produto de elocubração e portanto, essencialmente falível. Daí a necessidade de redução da pretensão de afirmação do direito. O direito pode buscar a realização de justiça. Não uma justiça

⁹ VOLK, Claus. **La verdad sobre la verdad y otros estudios**. Tradução de Eugenio Sarra bayrouse, Buenos Aires: Ad-hoc, 2007, p. 45.

¹⁰ Claus Volk classifica o intento de produzir uma verdade equivalente à correspondência do juízo ao fato, como uma *tentativa quase infantil e deplorável*. Idem, p. 61.

¹¹ “A primeira missão do juiz consiste, pois, em reconstruir os fatos tal como aproximadamente se deram na realidade. Este labor de reconstrução só pode ser aproximado, já que é impossível reproduzir o fato acontecido em todos seus detalhes. A situação das pessoas e coisas muda com o tempo e tem que ser necessariamente distinta, em maior ou menor grau, o que sucedeu”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad real en el proceso penal**. 2 ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 39. Também refere precisamente a isto quando, ao discutir o fundamento material da culpabilidade afirma que a demonstração de que o sujeito poderia atuar de outro modo, diferentemente da forma como atuou é impossível. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 7 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 351.

¹² Nesse sentido, Vives Antón refere que a dogmática penal se equivocou em suas pretensões, ao substituir pela pretensão de verdade uma pretensão de justiça que deveria acompanhar suas estruturas conceituais. Cf. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 481.

¹³ “Efetivamente, as disposições não são detectáveis de maneira direta mediante a percepção: para investigá-las, é imprescindível observar formas de comportamento em determinadas situações. De modo algum se trata só de propriedades como interessam nas ciências naturais”. VOLK, Claus. **La verdad sobre la verdad y otros estudios...Op. cit.**, p. 45.

absoluta, universal e irretocável, que é utópica, mas sim a justiça possível. Deve permanecer na busca do alcance da perfeição do justo, mesmo sabendo, de antemão da sua material impossibilidade. Por outro lado, deve renunciar à pretensão de afirmar uma verdade histórica, porque esta, do ponto de vista do processo, foi o que deu azo à possibilidade de justificar o uso de quaisquer meios probatórios¹⁴ – inclusive tortura - para sua produção.

A opção de afirmação democrática do processo somente se dá através da inclusão argumentativa, pela igualdade de oportunidade de discurso¹⁵. Este modo de afirmação democrática se dá, em termos processuais, pela substituição de uma verdade *material* por uma verdade *formal* “legitimidade como produto de um processo discursivo e premiada idealmente mediante o consenso dos participantes”¹⁶, o que só pode ser almejado em um processo de cariz acusatório¹⁷.

Uma das características básicas de um modelo predominante acusatório, do ponto de vista e dos sujeitos processuais, é a preservação da figura do juiz como destinatário da produção probatória processual, em uma posição distanciada e de equilíbrio, que permite ditar justiça. Como efeito, um sistema assim coloca as partes como antagonistas e senhores da produção probatória, com iniciativa e impulsão do procedimento para o fim da demonstração de suas teses¹⁸.

Esta postura fica evidente no projeto de reforma do Código de Processo Penal, já em sua exposição de motivos, quando, no item II, refere: “seja do ponto de vista da preservação do distanciamento do julgador, seja da perspectiva da consolidação institucional do *Parquet*, não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutivo do órgão da acusação pelo juiz do processo”¹⁹.

Esta referência deixa claro que o projeto pretende evitar a confusão entre a posição de acusador e de julgador, confusão esta que é justamente a marca concreta de um modelo inquisitivo.

Claro que o projeto preserva ainda, e assim refere, alguma participação do juiz na construção do processo, com isto demonstrando ainda não ter assumido completamente

¹⁴ FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal...***Op. cit.*, p. 33.

¹⁵ Veja-se a fundamentação dos direitos pelo caminho da teoria do discurso, especialmente a afirmação do princípio da democracia, em HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre faticidade e validade I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 154 e ss.

¹⁶ VOLK, Claus. **La verdad sobre la verdad y otros estudios...***Op. cit.*, p. 71.

¹⁷ “[...] o modelo da verdade formal interessa no aspecto que exige uma intensificação da comunicação e reclama o poder jurídico para participar no processo de busca da verdade. Na prática, os elementos inquisitivos de nosso procedimento são indubitáveis. Eliminá-los e substituí-los mediante a sã competição entre as diferentes apresentações do caso formuladas pelas partes é certamente discutível [enquanto possibilidade concreta], mas não o é o objetivo daquela ideia diretriz”. *Idem*, p. 72.

¹⁸ FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal...***Op. cit.*, p. 36.

¹⁹ Item II da Exposição de motivos do projeto de Código de Processo Penal.

o perfil acusatório, já que afirma que “não se optou pelo juiz inerte”²⁰, introduzindo a figura de um juiz de garantias responsável, inclusive pela adoção de medidas cautelares “quando destinadas a protelar o regular exercício da função jurisdicional”²¹.

Ora, mesmo que se reconheça como ideal que o sujeito juiz permaneça afastado de modo absoluto da interferência no processo, não ser o juiz inerte, neste caso, destina-se tão-somente a colocar o juiz na condição de garantidor do regular exercício da prestação jurisdicional e não da produção de qualquer classe de resultado. Menos ainda de um resultado pretendidamente verdadeiro, o mito que há muito foi soterrado no âmbito das pretensões de realização do processo²².

Convém notar que, neste sentido, o projeto apenas confirma uma tendência já antes anunciada pela atitude do legislador brasileiro, que já com o advento da Lei 11.690/2008, que alterou o artigo 212 do Código de Processo Penal e da Lei 11.689/2008, que alterou o artigo 473, caput do mesmo diploma, já adotou, antes mesmo do advento do projeto de reforma, um sistema semelhante ao *cross examination* do processo penal estadunidense, uma vez que as perguntas são formuladas pelas partes diretamente as testemunhas, colocando o juiz à distância da prova, cuidando apenas de não admitir as perguntas que poderia induzir a resposta ou não tiverem relação com a causa ou importarem em repetição desnecessária, cumprindo-lhe tão somente complementar os pontos não esclarecidos pelas partes, na forma do parágrafo único do mesmo artigo 212.

A mesma fórmula é repetida no projeto de reforma em seu artigo 175, com a inserção ainda de um parágrafo 2º no qual se esclarece que se das respostas dadas aos esclarecimentos complementares formulados pelo juiz, surgirem novos fatos ou circunstâncias, o juiz abrirá nova possibilidade as partes de formularem perguntas. E isso deixa claro a quem pertence a formulação probatória, ou seja, justamente àqueles que se dirigem diretamente à testemunha. O juiz é colocado em uma condição a que distância relativa da prova testemunhal como forma de garantir sua isenção para julgar.

Nesse sentido caminha a melhor doutrina. Refere Antônio Alberto Machado a adoção clara do formato *estadunidense* do *cross examination*:

“Por força do disposto no art. 212 do CPP, as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas, ou seja, a tomada dos depoimentos testemunhais não é feita pela forma *presidencialista*, segundo a qual o juiz procede à inquirição do depoente

²⁰ Item II da Exposição de motivos do projeto de Código de Processo Penal.

²¹ Item II da Exposição de motivos do projeto de Código de Processo Penal.

²² “O objeto do processo penal é a obtenção da verdade somente na medida em que se empreguem para isso os meios legalmente reconhecidos. Se fala assim de uma “verdade forense” que nem sempre coincide com a verdade material propriamente dita. Este é o preço que se deve pagar por um processo respeitoso com as garantias e direitos humanos característicos do Estado social e democrático de Direito”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad real en el proceso penal...** *Op. cit.*, p. 112.

e, em seguida, formula também as perguntas requeridas pelas partes, centralizando em si todo o ato do depoimento. O juiz deverá inquirir a testemunha após as partes, de forma complementar, apenas sobre pontos que eventualmente não ficaram esclarecidos durante a inquirição direta feita pela acusação e pela defesa (art. 212, parágrafo único, do CPP). Trata-se aqui da adoção do sistema de origem anglo-americano, denominado *cross-examination*, que favorece a efetividade do contraditório na medida em que o juiz permanece em posição equidistante da atividade probatória, observando a produção da prova pelas partes, de modo a preservar melhor a sua imparcialidade e isenção de ânimo.

Na verdade, esse sistema de colheita de depoimentos testemunhais, diretamente pelas partes, está bem de acordo com o princípio do processo acusatório, segundo o qual o juiz não deve protagonizar a produção das provas. Nesse tipo de processo, a prova deve ser sempre produzida pelas partes, às quais incumbe o ônus de demonstrar a veracidade de suas teses e alegações. O juiz, imparcial e isento, é apenas o destinatário da prova e não o seu autor. Portanto, a postura que mais lhe convém é mesmo a de observador do 'duelo probatório', travado entre a acusação e a defesa, na busca dialética da verdade processual.

Na inquirição das testemunhas, o magistrado exercerá uma função essencialmente fiscalizatória, podendo indeferir as perguntas que venham a induzir respostas, as perguntas impertinentes que não tenham relação com a causa, e aquelas que importarem na repetição de outras perguntas já respondidas pelo depoente (art. 212, caput, do CPP).²³

No mesmo sentido a opinião do Denílson Feitoza:

(...) no CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.690/2008 ao art. 212 e pela Lei 11.689/2008 ao art. 473, caput, do CPP, o sistema passou a ser semelhante ao *cross examination* ("exame cruzado") do processo penal estadunidense, uma vez que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha.

O juiz passa a acompanhar as inquirições feitas diretamente pelas partes, não admitindo aquelas perguntas que puderem induzir à resposta, não tiverem relação com a causa ou impostarem na repetição de outra já respondida.

Doravante, o juiz após as inquirições das partes, poderá fazer suas perguntas para complementar aquelas sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, CPP).²⁴

Comenta Eugênio Pacelli, um dos membros da comissão de elaboração do projeto do novo Código Penal, que a fórmula de produção de provas direta pelas partes é consequência da assunção de um perfil predominantemente acusatório:

"A Lei nº 11.690/08 trouxe importante alteração no procedimento de inquirição de testemunhas.

²³ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 396.

²⁴ FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal...***Op. cit.*, p. 256.

Ali se prevê que as perguntas das partes serão feitas diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir à resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem a repetição de outra já respondida (art. 212, CPP). E, mais ainda, prevê que o juiz poderá complementar a inquirição, sobre pontos eventualmente não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, CPP).

Observa-se então, que a medida encontra-se alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco, aqui já apontado, de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação. Assim, as partes iniciam a inquirição, e o juiz a encerra."²⁵

Para Paulo Rangel, esta é precisamente a característica de um processo penal democrático:

Em um processo penal democrático, banhado pelo sistema acusatório, o juiz deve ser afastado da colheita de provas, deixando tal tarefa às partes. Se o sistema é o todo e não uma parte, não pode o processo ter momentos em que seus atos serão à luz da estrutura acusatória e outros a luz de uma estrutura inquisitória. Isso não é sistema. Logo, em audiência não poderia ser diferente.

Sistema acusatório (cf. item 2, *supra*) não é apenas o MP promover, privamente, a ação penal pública, mas sim a necessidade que se busca no processo (por isso sistema) de se afastar o juiz da persecução penal, mantendo sua imparcialidade e retirando de sua mãos a *gestão da prova*. [...]

A colheita de depoimentos pelo juiz passou a ter uma *função supletiva*, ou seja, se ele entender que há algum ponto não esclarecido, poderá complementar a inquirição, mas note-se bem: é sobre *pontos não esclarecidos*, ou seja, algo relevante ao julgamento do caso penal que envolve aquele depoimento. Trata-se de ponto substancial e não acidental do depoimento.

Óbvio, nos parece, que as partes, em primeiro lugar, iniciam as perguntas para, só depois, o juiz fazer as perguntas que entender cabíveis, em função supletiva. Para evitar contaminação do juiz devem as partes ditarem, diretamente, ao secretário que estiver digitando os depoimentos, o que esta sendo dito pelas testemunhas, sem passar pelo juiz."²⁶

Esta tendência do processo penal brasileiro a respeito da prova diz muito sobre a situação dos sujeitos no processo. Revela claramente que a condição do Ministério Público é, definitivamente, a de parte enquanto que a do juiz é a de destinatário da produção da prova pelas partes e de responsável pela oferta de respostas às demandas de justiça submetidas ao Estado.

²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 370.

²⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**...*Op. cit.*, p. 505.

As reformas, tanto a intermediária, oriunda de leis pontuais, quanto a do próprio projeto completo, orientam-se na mesma linha, qual seja, a de acabar definitivamente com uma postura inerte e irresponsável de alguns agentes do Ministério Público que simplesmente a partir do oferecimento da denúncia não mais se encarregavam de levar adiante seu caso, entregando-o lenientemente nas mãos do juiz e, por outro lado de magistrados que, com perfil dominador, se adiantavam na realização concreta processual do silogismo regressivo, escravizando a produção probatória em face de convicções adquiridas adrede a respeito do resultado e que convertiam a missão de julgador, nas mais das vezes, em missão de vingador.

A própria criação de um juiz de garantias e evidencia a necessidade aventada no item III da exposição de motivos, de “manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”²⁷.

Aqui é necessário fazer uma advertência a respeito das dificuldades de implantação de uma nova cultura. Trata-se da absoluta necessidade de superação de um modelo enraizado em nossa tradição de diferenças que dependerá, e muito, de uma consciência dos sujeitos do processo no sentido de darem efetividade ao modelo. Conforme aduz Feitoza, “O juiz brasileiro deve ter a coragem, a força moral e o senso crítico necessário para assumir sua *missão*, implementando a Constituição com observância do princípio da supremacia constitucional, que lhe impõe e possibilita o reconhecimento da inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais que sejam incompatíveis com o princípio acusatório constitucional”²⁸.

Vale dizer: é fundamental que o Poder Judiciário reconheça a legitimidade do princípio acusatório e a sua condição de julgador distanciado da prova, como modo de efetivar a sua afirmação como Poder da República, distanciado e independente das diretrizes de controle social acusatório do executivo.

Entretanto, o que se tem observado é uma impressionante resistência verdadeiramente ativa à implantação das diretrizes de um sistema acusatório. Não se trata apenas da notória rejeição do novo²⁹, mas sim de uma disputa sobre o poder, ainda que dele, o resultado do processo penal seja apenas uma parcela ínfima.

²⁷ Item III da Exposição de motivos do projeto de Código de Processo Penal.

²⁸ FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal...***Op. cit.*, p. 39.

²⁹ “Será difícil os magistrados brasileiros se curvarem à nova maneira de agir e pensar o processo penal, afinal são mais de 60 anos fazendo dessa forma. Contudo, o desafio será exatamente esse: olhar novo (Lei 11.719/08) com os olhos do novo e não com os olhos do velho (CPP, de 1941)”. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal...***Op. cit.*, p. 505.

É sabido ser impossível uma mudança cultural a golpes legislativos. Não há ilusões a respeito de que a mudança legislativa seja por si só a responsável por qualquer câmbio sociológico. De outro lado é necessário reconhecer que a evolução da cultura jurídico processual penal brasileira, claramente representada por muitos dos presentes neste evento, foi responsável por uma mudança de mentalidade não só do ambiente acadêmico, mas da *praxis* forense relativa ao processo penal que alcançou, finalmente, a instância legislativa. Esta mudança de pensamento, que é irreversível vê-lo encontra, porém, a fervorosa resistência daqueles que, apegados à ínfima parcela do poder, são renitentes em abrir mão de uma evolução que representa maior dignidade à sua posição no processo.

Refiro-me, aqui, à nota publicada recentemente na página *web* da Associação dos Magistrados do Estado do Paraná, apontando um determinado acórdão do Tribunal de Justiça Paranaense como paradigma da interpretação a ser dada ao artigo 212 do atual código de processo penal pela com redação ditada pela lei 11.690/2008, que equivale ao artigo 175 do projeto de reforma do Código de Processo Penal. O acórdão foi de tal forma publicizado com evidente pretensão de orientar a atuação dos magistrados paranaenses.

Trata-se do acórdão lavrado no agravo regimental crime nº 413.084-9/01, votado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Paraná, que teve por relator o Desembargador Leonardo Lustosa, no qual se sustenta que a interpretação a ser dada ao artigo retroindicado, é de que o juiz deve prevalecer no comando da inquirição das testemunhas, fazendo ele, primeiramente, as perguntas que tenha sobre o fato, apenas permitindo que, de modo complementar, as partes possam inquirir diretamente as testemunhas.

A lamentável ementa tem o seguinte teor:

“Agravo regimental. Ação penal originária intentada contra Procurador de Justiça. Exceção da verdade. Inquirição de testemunha arrolada pelo excipiente. Alegação de inobservância do disposto no art. 212 do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei nº 11.690/08). Ofensa ao sistema acusatório. Inocorrência. Ausência de prejuízo concreto. Nulidade inexistente. Recurso desprovido.

- 1) A nova redação do art. 212, caput, do Código de Processo Penal, dada pela Lei nº 11.690/08, nada altera quanto à iniciativa das perguntas, possibilitando, tão-somente, que as partes formulem diretamente, sem necessidade de as dirigirem ao magistrado.
- 2) Por seu turno, o parágrafo único do art. 212 do CPP, introduzido pela mencionada lei, também não significa que o juiz pergunta por último, mas apenas que, embora as demais perguntas sejam formuladas diretamente pelas partes, pode o juiz obter esclarecimentos a qualquer tempo.
- 3) Com absoluta propriedade, o saudoso Ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, já alertava que “o projeto não deixa

respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa”.

Nem sequer é o evidente equívoco hermenêutico da Corte o que mais chama a atenção, inclusive porque este certamente pode ser objeto de fácil diluição pela via recursal. O espantoso, e ao mesmo tempo lamentável, é o evidente esforço no sentido de distorcer os termos da legislação e dos próprios princípios que a orientam para satisfazer uma pretensão de poder, e ao mesmo tempo de afirmação da *unção* do magistrado como único ser capaz de realização do justo, diante da iniquidade das partes.

Esta fantasia megalômana fica bem evidente de certas passagens do voto condutor do julgado, senão vejamos.

Em primeiro lugar, o voto se socorre do que qualifica de lição precisa lançada por Guilherme de Souza Nucci – não por acaso, magistrado – em apoio de sua tese, pois, *“caso contrário, só restaria ao juiz assistir à audiência, indeferindo uma pergunta aqui e outra acolá, podendo, ao final, apenas complementar a inquirição, concluindo, então, que os defensores dessa tese querem transformar os juízes em samambaia de sala de audiências”*.

Nota-se aqui, a imensa preocupação do voto para com o juiz inerte em relação à produção probatória, que não é enxergado em sua nobreza e equidistância capaz de permitir uma apreciação isenta de pré-julgamentos, mas sim na diminuta condição de vegetal decorativo.

Ocorre que, ao contrário do pensamento revelado pelo voto, o distanciamento do juiz em face da produção probatória, em nada o diminui³⁰. Na verdade, é justamente este afastamento, esta isenção, que permite o real *controle* sobre a realização das provas pertencente às partes, pois somente uma prudente distância dos interesses debatidos na causa permite que o juiz exerça sua função de garantir os direitos fundamentais do acusado. A ele incubirá justamente evitar a realização de pressão sobre a testemunha, controlando o deferimento ou indeferimento de perguntas.

Evidentemente, o ilustre relator revela sua preferência por ocupar a condição de inquisidor. O voto trai sua pretensão quando afirma textualmente que pretende a busca da verdade a qualquer preço, ao afirmar: *“uma das características mais marcantes do processo penal é a vigência do princípio da verdade real, não devendo o juiz se satisfazer com a verdade formal (aparente) que lhe é exibida pelas partes, mas buscar, por todos os meios admissíveis no processo, alcançar a verdade histórica, independentemente ou para além da contribuição da acusação e da defesa”*.

³⁰ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**...*Op. cit.*, p. 505-506.

Resta clara aqui a postura anacrônica, falsa e pretensiosa de afirmação de uma verdade que se sabe, de antemão, inalcançável. Lamentavelmente “essa cultura milenar e ideológica de alcance de uma verdade real e de realização de uma justiça divina, continua a impregnar nosso cotidiano forense”³¹.

E em outra passagem, afirma sua condição de ungido, comparando a capacidade do juiz à das partes para a geração da verdade real, deixando claro que só o primeiro é capaz de alcançar a paz social. Diz o voto: “a inquirição efetivada nos moldes ora criticados não constitui, de forma alguma, atentado ao sistema acusatório, mas atribui, sim, ao julgador [...] o indelegável mister de, após a descoberta da verdade real – a qual, por óbvio, jamais poderia ser atribuída à acusação nem à Defesa e muito menos poderia ser obtida com sua inércia no curso do processo – aplicar o direito ao caso concreto visando à pacificação social com Justiça”.

Ao contrário do que afirma o voto, é justamente a negação da adoção do *cross examination* que revela afastamento do sistema acusatório, caracterizado pelo distanciamento entre o juiz e a produção da prova³², deixando clara sua opção pela preservação de um modelo inquisitorial que foi o instrumento de afirmação do modelo feudal e da igreja católica, na Idade Média, através da persecução pública e indiscriminada de seus inimigos³³. Este modelo caracterizou-se precisamente pela crença na honestidade fundamental do inquisidor e em sua capacidade, mediante métodos ilimitados (inclusive a tortura) de chegar à verdade.

O magistrado se torna, no pensamento do culto e digno Desembargador, uma figura mítica, completamente isolada das meta-regras condicionantes das decisões, um verdadeiro super-homem, um ser absoluto, muito acima da abjeta humanidade falível das partes, quando afirma: “*Está o juiz no exercício de sua absoluta imparcialidade, eis que procura a isenta narrativa dos fatos, diferentemente do Ministério Público, a quem a Constituição*

³¹ FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal...***Op. cit.*, p. 38.

³² “O sistema inglês é o que, na atualidade, mais se assemelha ao sistema acusatório antigo. O processo penal inglês é propriamente um processo de *partes*, pois em regra, o juiz não produz provas de ofício, coloca-se imparcialmente de maneira equidistante das partes e sua decisão se fundamenta no que foi alegado e provado pelas partes, não aplicando o fato apresentado na acusação, nem as provas produzidas”. *Idem*, p. 32.

³³ “O sistema processual penal inquisitivo ou inquisição se estendeu por toda a Europa continental do século XIII ao século XVIII [...] Desenvolveu-se em razão da convergência de interesses entre a igreja católica, que afirmava sua universalidade e lutava contra os infiéis, e os estados nacionais sob regime de monarquia absoluta, que procuravam se firmar contra o poder feudal. Suas características fundamentais são: a reunião dos poderes de acusar e julgar nas mãos do órgão jurisdicional; a persecução penal pública, iniciada pelo próprio órgão jurisdicional, para não depender da vontade de um particular, a redução do acusado a mero objeto das investigações, deixando de ser sujeito de direitos; o estabelecimento da averiguação da verdade como objetivo principal do procedimento penal, para cuja obtenção se admitam quaisquer meios, inclusive a tortura. [...] quanto à separação das figuras do acusador, do juiz e do defensor: como vimos, o acusador e o julgador estão na mesma pessoa ou órgão. Não havia defensor, pois, se o réu era culpado, não o merecia, se era inocente, um juiz inquisidor honesto o descobriria”. *Idem*, p. 33.

federal atribui o dever de acusar (podendo, obviamente, requerer a absolvição ao final, se o caso) e da Defesa, que procurará, sempre, a melhor situação jurídica para o denunciado”.

Este ser mítico, semidivino, não pode, na visão da Corte, abdicar de sua verdadeira cruzada. Ele foi escolhido para representar a paz social do mundo e seu poder se converte em um verdadeiro fardo, que com denodo, lhe incumbe carregar. Na visão do voto, jamais poderá o juiz deixar a atividade de produção da prova às partes, pois estas cometem a heresia de defender os interesses de suas próprias teses. Sustenta o voto: *“A prevalecer entendimento em sentido contrário, estaria o juiz, quiçá por comodismo, abdicando de seu poder-dever de, com imparcialidade, inquirir as testemunhas – imparcialidade esta que se faz necessária para analisar melhor dos fatos e, assim, proferir justa decisão. [...] A preocupação existe porque não é incomum que a acusação – mormente no caso de haver Assistentes – queira, de forma apaixonada, provar a procedência da denúncia, e a Defesa, por sua vez, sustentar tese favorável ao acusado. Por isso, se iniciada a inquirição pelas partes, é evidente que muitas vezes haverá, ainda que sutilmente, condução das perguntas para obtenção das respostas esperadas – o que por certo não se verificará se a testemunha for inquirida, inicialmente, por magistrado ético”*.

Para Colmo, é tal a convicção do voto a respeito de estar correta a apropriação pelo Judiciário da produção probatória, bem como da presunção absoluta de sua imparcialidade e isenção na produção deste mister, que ele sequer consegue enxergar o evidente prejuízo de suspeição derivado da providência, pois o último argumento expendido é nada menos do que o seguinte: *“em quarto lugar, ainda que se admitisse, apenas para argumentar, a existência do vício apontado pelo agravante, a verdade é que o seu eventual reconhecimento não prescinde da demonstração de efetivo e concreto prejuízo, consoante preconiza o art. 563 do Código de Processo Penal”, donde se conclui que o voto não viu qualquer prejuízo para as partes em sua postura*.

Ora, o prejuízo existe, clarissimamente, no simples fato de que juiz contaminou-se com a produção da prova. Há um evidente processo de silogismo regressivo³⁴.

³⁴ Consoante bem observa Juarez Cirino dos Santos, “Não é difícil perceber que a lógica de subsunção jurídica do silogismo pode apresentar problemas relacionados com a subjetividade do julgador, produzidos por duas espécies de erros, incidentes sobre objetos diferentes: a) o erro de interpretação das normas jurídicas; b) o erro de análise da prova processual. O erro de interpretação da norma jurídica pode ser explicado por falhas ou defeitos no conhecimento científico do Direito; mas o erro de análise da prova – também definido como silogismo regressivo – é conhecido em criminologia como *meta-regras* (ou *basic rules*, segundo a fenomenologia), produzido por mecanismos psíquicos inconscientes que determinam o significado concreto da decisão judicial: preconceitos, estereótipos, traumas e outras idiosincrasias originárias da experiência pessoal do julgador, desvendados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização, moradia em favelas, etc., constituiriam as determinações emocionais decisivas do processo de criminalização”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed., Curitiba: Jurinã Lumen Juris, 2008, p. 68. Em resumo, “o juiz pode decidir por uma questão de gosto ou de preferência íntima”. In BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: Um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 172.

É necessário afirmar que não se pretende fazer uma crítica institucional dirigida somente ao Judiciário, porque certamente a posição referida recebe o aplauso de alguns agentes do Ministério Público, que preferentemente optam por deixar ao juiz, por comodidade ou subserviência o dever de produzir a acusação, desvirtuando com isso os mecanismos estabelecidos pelo sistema.

O resultado final desta postura é um evidente prejuízo as partes, especialmente à defesa quando o juiz assume a postura de acusador. Pouco resta a fazer em termos defensivos quando o destinatário de uma proposta acusatório é precisamente aquele que a formula.

A imagem simbólica da Samambaia utilizada pelo ilustre Desembargador mostra menos o risco a que fica exposta a figura do juiz num modelo acusatório do que o resultado que produz um modelo inquisitivo para a figura do Promotor de Justiça. A postura referida no mencionado acórdão revela inconscientemente o modo como alguns membros do judiciário, ainda imbuídos do espírito de Torquemada, pretendem converter a figura do Promotor de Justiça. Há uma clara diferença – que quiçá ainda escape àqueles que têm saudades de um Estado ditatorial – entre magistrados, inquisidores e samambaias. O que se deseja em um Estado social e democrático de direito é somente a primeira das três figuras.

A condição de sujeito do processo que corresponde ao Ministério Público é a de parte responsável pela formulação do caso a partir do qual pretende o provimento jurisdicional e ao mesmo tempo se responsabiliza por que esta apresentação de caso se dê dentro dos parâmetros definidos pelo Estado Democrático de Direito³⁵.

Este perfil adotado pelo Código de Processo Penal em sua nova configuração certamente diz muito a respeito da posição do Ministério Público no processo.

O Promotor de Justiça, certamente, diante das reformas do processo, se verá compelido a assumir o seu papel de parte, tendo o controle e o conhecimento do processo para poder produzir a necessária prova para sustentar sua tese³⁶. Não poderá mais adotar a postura passiva de mero espectador da iniciativa probatória do juiz. Este, por seu turno, terá que assumir uma postura *real* de imparcialidade na audiência, que começa por não participar da produção probatória, senão em caráter meramente suplementar.

É o Promotor de Justiça o responsável pela apresentação de um caso que inicialmente bem investigado, judicialmente é apresentado ao Estado-juiz para que pronuncie o resultado

³⁵ Observe-se que a própria Constituição da República estabelece concomitantemente entre as funções do Ministério Público a promoção exclusiva da ação penal pública e a defesa do regime democrático: “Art. 127: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

³⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal...***Op. cit.*, p. 505-506.

justo, atribuindo ou não uma pena. Esta análise leva obrigatoriamente ao segundo aspecto do projeto que conduz à identificação do sujeito processual Promotor de Justiça. Refiro-me à posição do Ministério Público frente à investigação.

2ª TRANSFORMAÇÃO: A POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE À INVESTIGAÇÃO

Um segundo aspecto, igualmente revelador da posição do Ministério Público enquanto sujeito do processo penal no projeto do novo Código aparece com a opção que é feita a respeito de sua posição no que tange à investigação criminal. Este tema é hoje foco de polêmica, no que tange à possibilidade do Ministério Público conduzir investigação.

A origem de tal discussão pode servir de indicativo inicial a respeito dos aspectos em torno dos quais ronda o tema. Isto porque, o Ministério Público brasileiro, conquanto historicamente se tenha valido de inquéritos policiais como instrumentos de coleta de provas para a propositura de ações penais, não raras vezes se valeu e se vale, de elementos de prova oriundos de outros feitos, como sempre foi o caso, por exemplo, dos procedimentos falimentares, ou mesmo as investigações de delitos que envolvem os agentes do Ministério Público, que são realizadas exclusivamente pelo Procurador Geral de Justiça, a teor do art. 41, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93. Aliás, foi justamente a existência da possibilidade de investigação pelo Ministério Público que gerou a necessidade da regulamentação desta atividade pelo Conselho Nacional do Ministério Público, através da edição da resolução nº 13 de 2 de outubro de 2006. Não é de supor que o Conselho Nacional tenha regulamentado uma ilegalidade ou uma inconstitucionalidade.

Poder-se-ia aventar que esta faculdade do órgão acusador não teria sido combatida antes do advento da Carta Constitucional de 1988 porque ele então se encontrava sob o manto protetivo do Executivo, contra quem, em um Estado ditatorial, não se brande, usualmente, a pena crítica.

Por outro lado, também é possível enxergar, no advento da Constituição chamada de “Cidadã”, o desenho de um novo Ministério Público, defensor do regime democrático e com atribuições crescentes e variadas em aspectos relativos ao patrimônio público, ao meio ambiente, às garantias constitucionais das minorias, postura que certamente implicou em um incremento persecutório criminal do chamado *criminoso do colarinho branco*. É inegável a coincidência do aumento da intervenção do Ministério Público na investigação e persecução de agentes socialmente poderosos e a ampliação constitucional de suas atribuições³⁷.

³⁷ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal...***Op. cit.*, p. 36-37.

Esta realidade criminológica também certamente guarda relação com a abrupta reação a que o Ministério Público possa valer-se de outras fontes além do inquérito policial para auferir provas e indícios para a propositura da ação penal. Atrelar o Ministério Público à atividade da polícia judiciária implica submetê-lo, por via oblíqua e indireta, à influência e controle seletivo da imputação realizado pelo Poder Executivo. Obviamente, enquanto dos inquéritos policiais brota a incriminação dos excluídos sociais bem identificados pela Criminologia Crítica³⁸, dos inquéritos civis, autuações fiscais e ações de improbidade brotam os indícios de incriminação dos poderosos agentes infiltrados nas instâncias de poder e dos hiper-suficientes econômicos³⁹.

Outra evidência da existência de interesses outros além da preservação de garantias individuais na pretensão de vedação da possibilidade investigatória do Ministério Público é revelada pela própria fragilidade dos argumentos principais que amparam tal tese. Diz-se que os agentes do Ministério Público, ao realizarem investigações preparatórias, perderiam a sua imparcialidade para exercitar a ação penal em juízo, já que o Ministério Público, além de titular dessa ação também tem incumbência, simultânea, de velar pelo cumprimento da lei. Em segundo lugar, afirma-se que a função investigatória preliminar de delitos seria função exclusiva da polícia judiciária.

Ora, se estamos em pleno caminho da adoção de um modelo acusatório, nada mais lógico do que o Ministério Público assumir sua condição de parte. Sendo parte, não estaria jamais equidistante da prova. Não haveria contaminação possível. Aliás, a parcialidade do Ministério Público é condição básica do estabelecimento do contraditório no processo, frente à defesa⁴⁰.

No sistema acusatório, a investigação criminal visa à formação de um caso a ser proposto pelo Ministério Público à apreciação do juiz. Toda a investigação, portanto, não tem um outro objetivo além de oferecer elementos que permitam ao órgão encarregado da acusação levar a cabo uma pretensão final de aplicação de pena. Conforme comenta Antônio Alberto Machado, “não seria lógico que o interessado direto nas investigações criminais, com poderes para exercitar a ação penal baseada em elementos proporcionados por essa investigação, não pudesse, ele próprio, nos termos da lei, levar a efeito as diligências investigatórias necessárias ao desempenho de suas funções”⁴¹.

³⁸ Veja-se, a respeito, um bom resumo sobre os processos de criminalização e etiquetamento em MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 91 e ss.

³⁹ “As pessoas de classe socioeconômica alta participam em muitas condutas delitivas” porém, é certo que “este comportamento criminoso difere do da classe socioeconômica baixa principalmente nos procedimentos administrativos utilizados no tratamento dos delinquentes”. SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Laura Belloqui. Montevideo, Buenos Aires: BdeF, 2009. p. 9.

⁴⁰ Nesse sentido a opinião de MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal...Op. cit.**, p. 36-37.

⁴¹ *Idem*, p. 35-36.

Além disso, o inquérito policial, produto final da atividade policial, sempre foi considerado instrumento facultativo e plenamente dispensável para o exercício do direito de ação pelo Ministério Público⁴².

De mais a mais, a questão da imparcialidade das investigações está, no mínimo, mal focada⁴³. O problema efetivamente não é quem exercita o poder investigatório, mas sim que garantias possui o investigado. Conforme refere Aury Lopes Júnior “muito mais importante do que decidir quem vai fazer a inquisição (MP ou Polícia), está em definir como será a inquisição, sempre mantendo o juiz – obviamente – bem de longe de qualquer iniciativa investigatória”⁴⁴. Desde um ponto de vista teórico, é claro que o órgão que tem atribuição de defesa do regime democrático tende a oferecer mais garantias ao investigado do que outro que não cumula a mesma atribuição⁴⁵. Assim, não se poderia esperar outra coisa de um ponto de vista prático, que não ser notório que os principais atentados contra as garantias fundamentais de investigados acontecem precisamente nas investigações realizadas pela polícia⁴⁶. Não é outra a razão pela qual na declaração da IX Conferência Nacional dos Direitos Humanos, ficou constando menção expressa no sentido do incentivo à afirmação dos poderes investigatórios do Ministério Público, como forma de melhor preservar os direitos humanos⁴⁷.

⁴² Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. São Paulo: Jolovi, 1982, p. 175-176; FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v.1, p. 76 e 79, p. 143 e 146-147; TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1997. p. 138.

⁴³ Aury Lopes Júnior critica o que ele qualifica de um reducionismo na questão. In LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v.1, p. 327.

⁴⁴ Idem, p. 329.

⁴⁵ Sustenta Eugênio Pacelli de Oliveira “deve-se lembrar que a Constituição de 1988 é um instrumento normativo amplamente oxigenado pelos ares da democracia, e que teve a nítida e reconhecida finalidade de romper com os traços autoritários da ordem política e jurídica anterior. Nesse passo, como compatibilizar, em uma hermenêutica constitucional principiológica, que constrói um amplo sistema de liberdades públicas, fundado na proteção aos direitos fundamentais – eis o princípio do Estado Democrático de Direito -, a ideia de uma Constituição cidadã com a reserva das investigações para a polícia? Qual seria a razão de semelhante opção?” In OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal...Op. cit.**, p. 74-75.

⁴⁶ Quanto às benesses comparativas da adoção da figura do promotor investigador, convém referir o comentário de Aury Lopes Júnior: “Sempre dissemos que essa era a opção ‘menos problemática’, principalmente quando comparada com as demais (policial e judicial). Basta analisar as vantagens e inconvenientes de sua estrutura, bem como o funcionamento em sistemas concretos (Itália, Alemanha, Portugal e os híbridos Espanha e França), para concluir que a investigação a cargo do Ministério Público é aquela em que os inconvenientes (igualmente existentes) são mais facilmente contornáveis e passíveis de superação”. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional...Op. cit.**, p. 329.

⁴⁷ Trata-se do item 22 da Carta de Brasília, que menciona textualmente o seguinte: “A todo momento, vemos tentativa de limitação da ação do Ministério Público, na contramão da história. Queremos que o Ministério Público seja mais ativo, tenha garantida sua ação, inclusive com mais recursos financeiros e humanos para que possa realizar sua ação investigatória segundo os preceitos constitucionais, acompanhar processos, tomar iniciativa como guardião dos direitos dos cidadãos e das cidadãs. Queremos um Ministério Público ainda mais atuante, capaz de exercer o controle externo da atividade policial e, ao mesmo tempo, respeitar os direitos humanos, a dignidade e a imagem pública dos acusados”. A notícia aparece referida em OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal. ...Op. cit.**, p. 76.

Enfim, o ponto chave da questão investigatória é que tanto se realizada pelo Ministério Público, quanto se realizada pela polícia, deverá obedecer estritamente as garantias fundamentais do investigado e transcorrer dentro dos estreitos limites da constitucionalidade e da legalidade⁴⁸.

De outro lado, a ideia de exclusividade da titularidade da investigação pela polícia judiciária não se sustenta nem mesmo em termos normativos.

O próprio Código de Processo Penal prevê de modo expresso, no parágrafo único do artigo 4º, o qual define a quem pertence o exercício da polícia judiciária que ‘a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função’. Aí aparece, de modo expresso, a inexistência de um monopólio da investigação criminal, ou seja, a investigação pode ser exercida por outros órgãos além da polícia judiciária.

A Constituição da República estabelece disciplina idêntica, posto que no dispositivo de indicação da atividade investigatória – a saber, o art. 144, § 4º - não menciona a exclusividade. E quando o faz – no art. 144, § 1º, IV – apenas objetiva separar as atribuições da polícia federal em face das demais polícias judiciárias dos Estados-membros⁴⁹, reservando, em contrapartida, “a legitimação do Ministério Público para a apuração de infrações penais nos termos do disposto no art. 129, VI e VIII⁵⁰. A matéria é regulamentada no âmbito do Ministério Público Federal pela Lei Complementar nº 75/93, arts. 7º, 8º e 38 e no âmbito estadual pela Lei nº 8.625/93.

A tendência de coordenação das investigações criminais pelo Ministério Público, por um lado, em nada diminui o papel da polícia judiciária, porquanto há uma evidente diferenciação entre a realização dos atos investigatórios, propriamente ditos, coisa que

⁴⁹ “A Constituição da República, a todas as luzes, não a contempla no Capítulo que cuida da Segurança Pública (arts. 144 e seguintes, CF). A única menção feita à exclusividade que ali se contém diz respeito ao disposto no art. 144, § 1º, IV, no qual se estabelece caber à Polícia Federal, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária. Ora, mesmo no campo da hermenêutica puramente gramatical, veríamos que a exclusividade ali contida diria respeito unicamente A polícia federal, em relação, portanto, às investigações da Justiça Federal. Relembre-se: há também a Polícia Rodoviária Federal! Daí, a distinção. Então, o máximo que se poderia alegar é que somente a Polícia Federal – e não a estadual – teria privatividade na investigação, já que em relação à Polícia Estadual (polícias civis) nada se afirma no âmbito de qualquer exclusividade (art. 144, § 4º, CF). Por isso, a *contrario sensu* – é no campo da hermenêutica clássica que estamos operando -, não haveria impedimento às investigações ao Ministério Público dos Estados”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal...Op. cit.*, p. 74. No mesmo sentido MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal...Op. cit.**, p. 37.

⁵⁰ Nesse sentido OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal...Op. cit.**, pp. 71-72, quem comenta que A natureza constitucional de tais atribuições foi reconhecida de modo unânime pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 77.770/SC, sendo Relator o Ministro Néri da Silveira. Também DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 74.

é realizada pela polícia no inquérito policial e a *investigação*⁵¹, enquanto descoberta de provas capazes de formar um caso, cuja coordenação lógica somente pode estar dirigida por aquele a quem incumbirá levar o caso a juízo⁵². Esta é uma tendência mundial, conforme revela o Codice di Procedura Penale italiano, que determina expressamente em seu art. 51, que uma das funções exercidas pelo Ministério Público é a atuação na investigação preliminar⁵³, situação que é admitida sem maiores questionamentos em vários outros sistemas, como o alemão, o chileno e o francês, por exemplo⁵⁴.

O projeto de novo Código de Processo Penal revela a postura de que o Ministério Público é, ao mesmo tempo, responsável e destinatário final da investigação, na mesma medida em que o Judiciário é destinatário final da produção probatória para fins de prestação jurisdicional.

Um dos elementos mais reveladores deste aspecto é a tratativa dada ao tema do arquivamento do inquérito policial. Ao contrário da atual diretriz do artigo 28 que submete o arquivamento do inquérito policial à apreciação do judiciário, ainda que com o resguardo da última palavra em a respeito da disposição da ação penal para o Procurador-Geral de Justiça, o novo projeto contempla no artigo 38, tão-somente a possibilidade do Ministério Público comunicar e a vítima, o investigado, a autoridade policial e sua própria instância de revisão, a respeito da providência do arquivamento. Conforme referido na própria exposição de motivos do projeto⁵⁵, a providência visa claramente produzir dois efeitos. Por um lado, evitar o exercício de uma superioridade hierárquica do agente ministerial sobre o agente judiciário, eis que a última palavra a respeito do arquivamento ficava nas mãos do Procurador-Geral de Justiça. Por outro lado se respeita o interesse da vítima no que tange ao controle pela via do questionamento da correção da providência de arquivamento. Revela-se aqui a condição de sujeito processual do Ministério Público,

⁵¹ O termo *investigação* tem a conotação de pesquisa, no sentido de coleta de dados, coisa que certamente é de atribuição daquele que organiza os dados e apresenta os resultados; o que difere completamente de inquérito, que traduz a realização de *inquirições*, o ato prático de obtenção de elementos que poderão ou não servir de dados para a *investigação*.

⁵² “É inegável que a apuração das infrações penais cabe, primordialmente, à autoridade policial; porém, se esta não proceder a uma adequada investigação de fato, em prejuízo da persecução penal, a interferência do Ministério Público verificar-se-á para assegurar o sucesso dessa atividade, na qual o *dominus litis* tem evidente interesse. Na realidade, quando o Ministério Público promove sua pesquisa direta, não está presidindo um “inquérito policial”: move-se nos limites de investigação própria, peculiar e inconfundível com a desenvolvida pela Polícia Civil”. DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal...***Op. cit.*, p. 82.

⁵³ Art. 51 - Uffici del pubblico ministero. Attribuzioni del procuratore della Repubblica distrettuale.

1. Le funzioni di pubblico ministero sono esercitate (disp. di att.c.p.p.3):

a) *nelle indagini preliminari* e nei procedimenti di primo grado dai magistrati della procura della Repubblica presso il tribunale.

⁵⁴ Nesse sentido, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal...***Op. cit.*, p. 76.

⁵⁵ Item III da Exposição de motivos do projeto de Código de Processo Penal.

uma vez que no sistema acusatório público detém a titularidade da ação penal, pois a ele e incumbe representar interesse público. Uma indevida interferência do judiciário neste momento significaria conferir ao órgão encarregado da prestação jurisdicional parte do interesse persecutório, confundiu a outra vez sua condição de sujeito no processo com aquela que pertence ao Ministério Público.

Ainda sobre esse tema, a distribuição de títulos e capítulos do projeto deixa clara uma distinção que por vezes tem levado a confusões de interpretação a respeito do alcance da capacidade investigatória do Ministério Público. O projeto fixa no título II a investigação criminal como gênero, para distribuir nos capítulos, mais precisamente no capítulo III, o inquérito policial como espécie. Não há qualquer dúvida de que o inquérito policial é o instrumento básico mais importante na composição da investigação que vai subsidiar o Ministério Público na composição da sua pretensão é acusatória. Isto não quer dizer, porém, que haja, ao contrário, uma dependência de parte do Ministério Público em face do inquérito policial como seu instrumental prévio de reunião de dados que vão compor o caso para ser submetido ao juízo de admissibilidade de parte do judiciário. Sendo assim, resta inequivocamente invalidada a pretensão da criação de uma relação de dependência da investigação do Ministério Público, parte única e legítima para a formulação do caso, em face do inquérito policial como peça formal. Convém lembrar que o artigo 8º do projeto estabelece os objetivos claros da investigação criminal como sendo a reunião das fontes de prova e para demonstração de fundamento razoável a respeito da prática da infração penal. Obviamente, estas provas não derivarão unicamente da atividade policial, podendo o Ministério Público valer-se das fontes que considere adequadas e razoáveis à demonstração do caso.

Nem se diga que a possibilidade de obtenção de provas por outra via que não o inquérito policial desnatura de algum modo as garantias do investigado, uma vez que os artigos 11, 12, 13 e 14 do projeto estabelecem claramente uma vasta rede de garantias ao investigado e seu defensor para que possam produzir, ainda neste âmbito, elementos capazes de convencer a respeito da inexistência no caso.

Convém ainda referir que dos mesmos dispositivos que contemplam especificadas as garantias do acusado frente à investigação, a referência ao autor da investigação é sempre como autoridade, e não como autoridade policial, o que certamente evidencia a pretensão do projeto em estabelecer um âmbito mais amplo para investigação do que aquele reduzido ao inquérito policial, sem com isso permitir, que o órgão destinatário da investigação – o Ministério Público - por sua iniciativa, possa de algum modo comprometer as garantias fundamentais do acusado.

Se o sujeito processual é encarregado da acusação é o Ministério Público e esta é a sua posição como o sujeito do processo, é óbvio que a ele incumbe o comando da

investigação criminal, exercendo não só o poder de seleção e organização das provas a serem apresentadas como caso ao judiciário, como ainda exercendo sua tarefa constitucional primordial de controle externo da atividade policial, também no campo da investigação.

Esse aspecto do projeto também revela a posição do Ministério Público como sujeito do processo penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente, portanto, que com o novo projeto de Código de Processo Penal estamos diante de um passo mais no sentido da evolução do modelo persecutório e da adequada situação processual dos sujeitos, especialmente do Ministério Público. Descortina-se aí a possibilidade concreta de que o Ministério Público assuma o seu lugar de direito no âmbito do processo penal, sem que isso implique na perda do perfil constitucionalmente adotado a partir de 1988.

Ou seja, a assunção da condição de parte, com o comando a investigação, a formulação do caso e sua concreção perante o judiciário através da efetiva produção da prova, traz para os agentes de execução do Ministério Público uma real condição de *dominus litis* da ação penal a qual vem recheada de responsabilidades.

A primeira delas – em escala cronológica, já que em importância são iguais – focada no efetivo exercício do comando da investigação, que implica não apenas em um dever de controle externo do abuso policial, mas muito mais no sentido do estabelecimento de prioridades e de direcionamento das investigações já sejam elas realizadas no corpo de um inquérito policial, de um inquérito civil ou de qualquer outra classe de coleta de dados probatórios. Aqui, a tarefa vai cumulada com o controle do efetivo respeito aos direitos e garantias fundamentais dos investigados, enquanto expressão concreta da tarefa constitucionalmente impingida de proteção do regime democrático.

Em seguida, e não por isso menos importante, surge a responsabilidade de situar-se dentro do processo penal como parte legítima da produção probatória, no sentido de efetivar a realização da prova no processo, preservando o juiz de eventuais e indesejáveis contaminações com o exercício de provar. Para tanto, é fundamental que os agentes de execução do Ministério Público efetivamente conheçam os processos em curso antes da realização das audiências de instrução ou das provas periciais, atuem de modo efetivo em busca da confirmação ou do desmentido do caso.

Tais mudanças que efetivamente estão a caminho e a sua exata compreensão pelos sujeitos por elas afetados são elementos fundamentais na evolução do processo penal brasileiro como instrumento de garantias contra a intervenção do Estado na vida

do indivíduo. Um processo que finalmente seja um processo de partes é a única fórmula que propõe um ideal de justiça em substituição a uma pretensão de verdade que a tudo justifica. Seu efetivo estabelecimento só será possível a partir de que as *partes* tenham plena consciência do que efetivamente são e que os juízes assumam sua condição de sujeitos equidistantes do processo.

Afinal, todos sabem a que tipo de interesses serviu a substituição de uma pretensão processual de justiça - mesmo que imprecisa, eis que oriunda da atividade humana -, por um processo que premiava uma verdade injusta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal**. Niterói: Impetus, 2008.
- FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: Entre fatibilidade e validade I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.
- MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 7 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad real en el proceso penal**. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3 ed., Curitiba- Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008.
- SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Laura Belloqui, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. São Paulo: Jalovi, 1982.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VOLK, Claus. **La verdad sobre la verdad y otros estudios**. Tradução de Eugenio Sarrabayrouse. Ad-hoc, Buenos Aires, 2007.



O DESVALOR DA CONDOTA COMO CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE INTERVENÇÃO MÍNIMA

THE DEVALUATION OF CONDUCT AS CRITERIA FOR IDENTIFICATION OF NOTHINGNESS APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF MINIMUM AREA

Alexey Choi Caruncho*

Paulo César Busato**

RESUMO:

Trata-se de um trabalho que foca criticamente a postura das Cortes Superiores no que tange à interpretação do chamado *princípio da insignificância* ou *princípio da intervenção mínima*. Expõe a forma pela qual o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm utilizando o mencionado princípio, apresentando os critérios utilizados pelas Cortes, com especial foco na ideia de *mínima ofensividade da conduta*. Propõe-se a adoção de um conceito significativo de ação, cuja expressão de sentido conduz a uma ideia de pretensão normativa de ofensividade capaz de representar a globalidade do sentido do princípio discutido. Finalmente, à luz desta concepção, apresenta-se uma crítica e uma proposta de delimitação mais precisa dos critérios de aplicação do princípio.

Palavras chave: Princípio de intervenção mínima – ofensividade da conduta – conceito significativo de ação.

ABSTRACT:

This is a work that focuses on the critical stance of the High Courts in regard to the interpretation of so-called principle of insignificance or principle of minimum intervention. Exposes the way in which the Supreme Court and the Superior Court of Justice have been using the override, with the criteria used by the courts, with particular focus on the idea of minimal offensiveness of the conduct. It is proposed to adopt a meaningful concept of action, whose expression leads to a sense of the idea of normative intent of offensiveness able to represent the whole meaning of the principle discussed. Finally, in light of this concept, it presents a critique and a proposal for a more precise delimitation of the criteria for applying the principle.

Keywords: Principle of minimum intervention - offensiveness of the conduct - the concept of meaningful action.

* O autor é Promotor de Justiça no Estado do Paraná, Mestrando em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Ponta Grossa e Pesquisador do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal da FAE Centro Universitário.

**O autor é Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha, Mestre em Ciência Jurídica pela Univali, Especialista em Direito Penal Económico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal, Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná, Professor de Direito Penal da FAE Centro Universitário, Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Coordenador do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal da FAE Centro Universitário.

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o Supremo Tribunal Federal tem referido adotar o princípio de intervenção mínima como critério de identidade da dimensão material do tipo. Ao assim agir, nossa Suprema Corte não faz mais do que seguir uma tendência universalmente difundida de que o Direito penal não é instrumental destinado a intervir mediante a existência de uma violação meramente formal da norma posta. Esta posição, porque difundida pela doutrina e jurisprudência, já está a salvo de qualquer discussão. O mesmo não se pode dizer, porém, dos critérios empregados para a identificação das situações concretas de incidência do referido princípio, o qual, não raras vezes, vem atrelado à ideia de insignificância, equivocadamente alçada à condição de princípio. Ali reside a nova fronteira de discussão teórica e o objeto do presente estudo. Tomando por base as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, com reflexos nas demais instâncias de julgamento, pretende-se aqui, a partir de um modelo jurídico-penal próprio de um Estado social e democrático de direito, fazer um estudo crítico especialmente focado na ideia do *desvalor da conduta* como um dos critérios que tem sido levado em consideração para a identificação das hipóteses de incidência do princípio de intervenção mínima como forma de infirmar a materialidade do tipo.

1 AS FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS LIMITADORES DA INTERVENÇÃO PENAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A discussão ao redor dos princípios enquanto espécie normativa tem ocupado os teóricos da argumentação, com vistas especialmente ao estabelecimento de critérios de resolução dos conflitos destes com as regras¹ ou entre os próprios princípios².

Sem descurar da evidente importância de tais discussões, há um aspecto prévio, muitas vezes negligenciado pelos próprios teóricos do direito que, no entanto, certamente condiciona as escolhas a respeito do melhor perfil teórico a ser adotado a respeito dos princípios jurídicos: sua dimensão política. Nesse sentido o comentário de Ferrajoli de que “as definições teóricas, com efeito, são definições convencionais, cuja aceitação depende de sua idoneidade para satisfazer as finalidades explicativas que perseguem”³.

¹ Sobre critérios de solução para conflitos entre princípios e regras, parece-nos interessante a adoção dos critérios expressos em ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86-87.

² Sobre conflitos entre princípios, veja-se ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: S. Fabris, 1999, *pássim*, especialmente p. 33 e ss.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**. Tradução de Perfecto André Ibañez, Gabriel Ignacio Anitúa, Marta Monclús Masó e Gerardo Pisarello, Madrid: Trotta, 2004, p. 117.

Com efeito, toda discussão sobre princípios envolve uma questão política obrigatória. Isto porque qualquer organização social pressupõe, necessariamente, o estabelecimento de relações de poder, que se estabelecem obrigatoriamente mediante normas, baseadas na ideia central de cogência determinada pela autoridade⁴.

Esta questão é básica na estrutura da vida humana gregária. Onde o homem se inter-relaciona, necessariamente se estabelece uma estrutura normativa. É impossível viver em sociedade sem normas, pois são estas que permitem a própria organização social⁵.

Entretanto, se o estabelecimento de alguma norma é uma situação atávica e inevitável, o mesmo não se pode dizer a respeito da escolha das normas que vão reger a relação social em questão. De fato, a escolha das normas de regência de uma sociedade certamente reflete seu perfil estrutural, a forma pela qual se estruturam as relações de poder.

É importante perceber aqui, que não se está referindo à norma posta, positivada. Não ainda. A organização social não depende da norma positiva, por muito esforço que façam neste sentido as viúvas de *Kelsen*. A estrutura política, baseada nas relações de poder, cria normas de convivência independentemente da estrutura jurídica. O modelo consuetudinário é prova cabal disso⁶.

A escolha política aqui referida, diz respeito a diretrizes interpretativas da rede de inter-relações sociais e do papel do Estado dentro desta estrutura. Resulta, pois, que a escolha destas normas, conquanto seja socialmente livre – entendida assim a ideia de que a sociedade as determina independentemente das amarras do estado e do direito positivo – é o que determina o perfil político de uma sociedade. Em outro dizer, as estruturas condicionantes das relações sociais refletirão obrigatoriamente a distribuição social de poder e desenharão um perfil político mais alinhado a uma ideia de liberalismo ou voltado para um perfil totalitário.

⁴ A cogência aqui referida é a preservação da relação de autoridade em sentido comunicativo, independente do cumprimento efetivo da norma, conforme bem explica Ferraz Júnior: “a relação de autoridade se define pela garantia estabilizada de que certas expectativas devem prevalecer, independentemente de o comportamento exigido ocorrer ou não. O importante para o cometimento normativo não é o cumprimento efetivo do relato (uma norma pode ser desobedecida e, apesar disso, a relação de autoridade permanece), mas a garantia de que reações que desqualificam a autoridade, como tal, estão excluídas da situação comunicativa. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 67.

⁵ A norma é condição essencial para as relações humanas, conforme bem especifica Max Ernst Mayer, em MAYER, Max Ernst. **Normas Jurídicas y Normas de Cultura**. Tradução de José Luis Guzmán Dabora, Buenos Aires: Hammurabi, 2000, especialmente p. 55 e ss.

⁶ Sobre as origens e desenvolvimento do common law, veja-se RADBRUCH, Gustav. **El Espíritu del derecho inglés**. Tradução de Juan Carlos Peg Ros, Madrid: Marcial Pons, 2001 e DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Esta *identidade social* certamente reverbera na organização do Estado, no perfil de governo (democracia ou ditadura) e também na escolha da estruturação jurídica. As regras jurídicas, inclusive a própria norma fundamental política – leia-se, Constituição – virão impregnadas da identidade social que lhes é fundante. Daí a óbvia reticência e a necessária resistência à remessa de toda a matéria controversa relativa aos conflitos jurídicos que exigem uma solução principiológica à Constituição. Trata-se de postura, no mínimo, reducionista. É necessário ir além.

É claro que nesta transposição da Constituição para a estrutura fundante da sociedade, a história da civilização conquanto revele uma permanente evolução dos seres humanos, também demonstrou que tem se dado através de um movimento pendular que, por vezes, impõe retrocessos. De todo modo, estes retrocessos episódicos jamais tardam em refletir-se em normas jurídicas, inclusive em normas jurídicas fundantes, razão pela qual, se volta a afirmar a ilusão representada pela pretensão de segurança jurídica⁷.

Deste quadro, resulta fundamental pensar a organização social e, de consequência, a estruturação do seu controle, a partir de princípios informativos que representem a escolha política de uma determinada sociedade em certo grau de desenvolvimento histórico.

Assim, todo o controle jurídico-normativo resta submetido a uma *carta de princípios*, a qual positivada ou não, condicionará toda a interpretação das estruturas de controle social, inclusive aquela exercida juridicamente.

No atual estágio de desenvolvimento da humanidade, não é aceitável pensar em outro formato de organização social estruturada que não o Estado social e democrático de Direito. É por isso que esta expressão política há de estar contemplada em todo o ordenamento jurídico como molde condicionante.

Assim, temos que no Direito penal este desenho compõe o arcabouço normativo sob a forma de princípios, os quais, seja em virtude de sua própria logicidade⁸ ou de sua maior densidade semântica⁹, impõem-se sobre as regras jurídicas.

O controle social penal é exercido por regras positivas e negativas. Regras que impõem ou proíbem condutas, sob sanção – tipos de ação ou omissão – e regras que permitem a composição de exceções ao arbítrio do controle – justificações e exculpações.

⁷ Veja-se, a respeito, ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁸ Como quer Dworkin, em DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Néelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

⁹ Como quer Alexy, em ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...cit.**, p. 86-87.

Diante das premissas lançadas, porém, forçoso reconhecer que, sejam quais forem estas regras deverão ceder em eventual conflito com os princípios orientadores do modelo de Estado social e democrático de Direito.

O *Estado de Direito*, enquanto estrutura jurídica condicionante do despotismo impõe a submissão à lei através do *princípio de legalidade*. Por sua vez, o *Estado social*, há de ser entendido como Estado provedor do *Welfare State*, ou seja, um Estado atento aos clamores públicos, mas também essencialmente *liberal*; capaz de cobrir as necessidades básicas dos cidadãos, sempre com o mínimo de intervenção sobre sua liberdade. Em suma, um Estado que tem deveres a cumprir na proteção dos cidadãos, porém, atuando com o mínimo de custo social. Este perfil, em termos de controle social penal, corresponde ao *princípio de intervenção mínima*. Finalmente, o *Estado democrático* é aquele que respeita a capacidade de os próprios cidadãos estabelecerem e decidirem o próprio destino, ou seja, trata-se do Estado que não esquece a razão fundamental de sua existência: os cidadãos nele representados. Este Estado se obriga a respeitar as individualidades, ficando obrigado a oferecer a cada um o reconhecimento estatal de sua individualidade, o que somente é possível, no controle social penal, através do estreito respeito ao *princípio de culpabilidade*¹⁰.

2 INSIGNIFICÂNCIA OU INTERVENÇÃO MÍNIMA?

Evidentemente, o controle social penal não pode afastar-se do princípio de intervenção mínima como imposição do Estado social. E isto até por conta de seu imediato reflexo na necessidade de afirmação de uma dimensão material do tipo.

É fácil perceber a relação específica entre o Estado social e a intervenção mínima. Basta perceber que enquanto o Estado brasileiro assumiu um papel intervencionista, desocupado das necessidades ditadas em cada um, impondo a partir de um governo central o que deve ser a escala de prioridades sociais – sem meias palavras, a referência aqui é à ditadura militar – o modelo jurídico-penal esteve completamente afastado da ideia de discutir uma dimensão material do tipo.

¹⁰ Para maiores detalhes a respeito dos princípios penais derivados da opção por um Estado social e democrático de Direito veja-se BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao direito penal**: bases para um sistema penal democrático. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119 e ss.

O cenário de publicações, o ambiente acadêmico e o cotidiano forense responderam durante mais de vinte anos a uma ideia de *dura lex sed lex*, baseada na (falsa) presunção de que o Estado tinha conhecimento do que era bom para o cidadão, inexistindo, portanto, qualquer espaço para discussão sobre tipicidade material. O perfil principiológico era outro. Não se podia falar em dimensão material para justificar intervenção penal. A intervenção penal existia, como tudo o mais, simplesmente porque a incriminação da conduta estava disposta na lei. Tratava-se, simplesmente, de cumprir a lei e não interpretá-la; de efetuar, portanto, a mera subsunção típica.

O processo de abertura política, refletido na estrutura de princípios condicionantes da interpretação normativa, provocou a transformação que vivemos hoje tanto no cenário acadêmico, com farto intercâmbio com as matrizes de pensamento jurídico e amplo volume de publicações livres, quanto no ambiente forense, com a progressiva, ainda lenta, mas inarredável transformação da discussão jurídica, com efeitos evidentes na hermenêutica e na efetiva prestação jurisdicional.

É nesse contexto que, ainda que de modo incipiente e terminologicamente criticável¹¹, tem chegado ao Supremo Tribunal Federal a discussão a respeito dos limites materiais de intervenção penal ditados pela exigência de uma expressão material dos tipos.

Já é irreversível a exigência de que a imposição de uma intervenção jurídico-penal tenha por base não apenas um processo subsuntivo, mas inclua necessariamente uma expressão de aflição a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento do ser humano em sociedade.

Aquilo que era matéria assentada há tempos em outros países que viveram o liberalismo político em etapa anterior, como na Europa Ocidental, hoje tem franca aceitação também no Brasil¹².

Neste contexto, com nomenclatura variada (princípio de intervenção mínima, princípio de insignificância, princípio de bagatela), tem sido fartamente admitido pela

¹¹ A crítica terminológica ao emprego da expressão *princípio da insignificância* é derivada da falsa impressão passada pelo termo, porquanto a insignificância, na hipótese, qualifica o princípio de modo a transmitir uma ideia de que se cuida de um princípio que tem como objeto aspectos penais insignificantes e, portanto, sua aplicabilidade na é de somenos importância. Na verdade, trata-se de um princípio estruturante do Estado social, razão pela qual deve ser tomado em seu verdadeiro sentido, qual seja, de redução da intervenção penal ao seu mínimo (daí a ideia de princípio de intervenção mínima), atuando em situações onde a ofensa aos bens jurídicos resulta socialmente de escassa magnitude.

¹² Com efeito, a discussão sobre o princípio de intervenção mínima, que figurava já nos trabalhos dos anos 60 e 70 na Europa, somente obteve espaço em publicações e repercussão forense no Brasil a partir da abertura política do final dos anos 80 e só atingiu um patamar expressivo e penetração acadêmica na última década.

praxis forense, especialmente das Cortes Superiores¹³, que é exigível, para a existência de um tipo penal, que um bem jurídico essencial para o desenvolvimento do ser humano em sociedade tenha sido atingido de modo grave e irreparável por outra via de controle social menos gravosa.

Esta questão não é mais discutível. O problema agora passa a ser outro, especificamente o de estabelecer em que casos esta tipicidade material efetivamente merece ser reconhecida.

É neste particular que ganha interesse apreciar a forma pela qual o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado a respeito, mormente quando se identifica que suas decisões, invariavelmente, têm servido de baliza cega na aplicação do direito por outras instâncias de decisão.

3 OS CRITÉRIOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA AFERIÇÃO DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DE INTERVENÇÃO MÍNIMA (O PARADIGMA DO HC 84.412-0 SP)

Sem embargo de toda a crítica que se faz à ideia de segurança jurídica, é certo que todo sistema de aplicação de normas deve ser coerente e atento à observância de regramentos básicos que permitam uma mínima previsibilidade. A aplicação do direito criminal no âmbito nacional, entretanto, constantemente surpreende pela sua absoluta imprevisibilidade e, não raras vezes, pela coexistência incompreensível de decisões dispares para casos análogos. É o caso da aplicação do chamado “princípio” da insignificância pelos Tribunais pátrios.

Com efeito, basta uma pesquisa jurisprudencial entre os diversos Tribunais brasileiros, assim como no âmbito interno de cada um dos Tribunais, para que se verifique o quão desiguais costumam ser os “critérios” utilizados. O que se identifica é que em nossos Tribunais não há qualquer coerência na aplicação da referida regra. Ora inexistem critérios, ora se elencam critérios; quando estes são elencados, por vezes, ignora-se no que os mesmos efetivamente consistiriam. Pior. Embora haja decisões que se lastreiem

¹³ Por exemplo, no STF: HC nº 84.412/SP, Min. Celso de Mello, publicado no DJ de 19/11/2004 e HC 96307/GO, Min. Joaquim Barbosa, publicado no DJ 11/12/2009 e no STJ, HC 126859/MS, Ministro Arnaldo Esteves, publicado no DJ de 07/12/2009 e RHC 26661/MG, Ministro Jorge Mussi, publicado no DJ de 30/11/2009.

em tais critérios, não é raro se fundamentarem em circunstâncias que não se subsumem aos ditos critérios¹⁴.

Tal situação é preocupante. Especialmente por se estar diante de situação definidora da intervenção ou não do ramo mais agressivo do Direito. Daí a importância do tema.

De qualquer forma, nesta busca perversa por uma verdadeira positivação que possa servir de norte aos julgadores, especificamente no tocante à questão da insignificância, o que hoje se verifica é que tem prevalecido em âmbito jurisprudencial decisões baseadas em um acórdão emanado da nossa mais alta Corte. Faz-se referência ao julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.412-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, a partir do qual o Supremo Tribunal Federal passou a se valer de alguns critérios alçados à condição de “vetores de aplicação do princípio da insignificância”. Eis o teor da ementa do julgado em questão:

EMENTA: Princípio da Insignificância – Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal – Consequente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material – Delito de furto – Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade – “Res furtiva” no valor de R\$ 25,00 (equivalente a 9.61% do salário mínimo atualmente em vigor) – Doutrina – Considerações em torno da jurisprudência do STF – Pedido deferido.

O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade. O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos princípios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

O postulado da insignificância e a função do direito penal: “de minimis, no curat praetor”. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente

¹⁴ Neste sentido: HC 135.451/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. j.15.09.2009; Resp 1.112.241/SC. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. j.25.08.2009; HC 129.226/SP. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. j.20.08.2009.

tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultados, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84.412-0/SP. Rel. Min. Celos de Mello. j.19.10.2004)

Tal qual referido, a partir de tal julgado formou-se uma verdadeira rede de decisões, invariavelmente sem qualquer questionamento do próprio acórdão em si¹⁵. É dizer, tais “vetores”, tanto para o próprio Supremo¹⁶ quanto para os demais Tribunais¹⁷, passaram a serem vistos como portos seguros de hipóteses em que se mostraria devida a aplicação da regra da insignificância.

Se por um lado tal situação teria a vantagem de dar coerência à aplicação da regra em questão, por outro tem gerado uma verdadeira alienação de interpretação. Isto é, um engessamento que, não bastasse os riscos que por si só representa, tem se mostrado equivocado, mormente quando se identifica incongruências dentro do próprio acórdão paradigmático.

De fato, uma análise mais atenta do acórdão em questão evidencia que, muito embora sua ementa trace os tais “vetores”, carece o voto do eminente Ministro Relator da devida fundamentação do que consistiu cada um dos vetores referidos. Ademais, evidencia-se que, conforme disposto no acórdão, a “mínima ofensividade da conduta do agente” estaria relacionada a um percentual do salário mínimo então em vigor. Ainda, seguindo

¹⁵ Por exemplo, no HC 90747/PR, Relator o Min. Joaquim Barbosa, publicado no DJ de 17/12/2009, assim ementado: “*Habeas corpus. Exacerbação da pena-base e aplicação de causa de aumento de pena. Fundamentação. Ocorrência. Necessidade de reexame dos elementos fáticos. Inviabilidade. Súmula nº 719 desta Corte. Incidência. Princípio da Insignificância. Vetores caracterizadores não supridos. Precedentes. Não há violação ao art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, quando é fixada a pena-base acima do mínimo legal e adota-se, para tanto, a fundamentação desenvolvida pelo juiz sentenciante acerca das circunstâncias judiciais desfavoráveis concretamente consideradas à luz do fato-crime praticado. Não cabe reexaminar, no âmbito do remédio heroico, os elementos de convicção essenciais ao estabelecimento da sanção penal, porque necessária, para tanto, a concreta avaliação das circunstâncias de fato subjacentes aos critérios legais que regem a operação de dosimetria da pena. Precedentes. A via estreita do processo do “habeas-corpus” não permite que nele se proceda à ponderação exaustiva das circunstâncias referidas no art. 59 do Código Penal. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. Enunciado da Súmula nº 719. Para a aplicação do princípio da insignificância, é necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a inequívoca constatação de seus vetores, que são (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes. Ordem denegada”.*

¹⁶ Neste sentido: HC 94.524-4/DF. Rel. Min. Eros Grau. j.24.06.2008; HC 95.445-6/DF. Rel. Min. Eros Grau. j.02.12.2008; HC 93.393-9/RS. Rel. Min. Cesar Peluzo. j.14.04.2009.

¹⁷ Neste sentido: REsp 835.553/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. j.20.03.2007.

uma tendência tradicional do direito criminal (atualmente, absolutamente ultrapassada), ignora-se por completo a figura da vítima e da disponibilidade que a mesma tenha sobre o bem jurídico atingido, daí não se fazer qualquer referência do que representava para a vítima aquele “percentual do salário mínimo então em vigor”. Tais circunstâncias, por si só, põem em dúvida a legitimidade do referido acórdão servir de paradigma para a aplicação da regra em questão.

Advirta-se, não se estar a discutir se, no caso concreto do HC 84.412-0/SP, se mostrava devido o reconhecimento da insignificância. O que se discute é a legitimidade de se transformar referido julgado em paradigma para a aplicação da regra da insignificância, mormente se identificado que, no corpo de seu texto, há incongruências entre a ementa – que vem sendo utilizada por vezes de forma cega e positiva – e a fundamentação do acórdão, conforme referido.

3.1 Deve haver critérios?

Antes de discutir os critérios escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, cumpre referir a necessidade ou não do estabelecimento dos mesmos. Não apenas porque a existência de critérios jurisprudenciais fechados engessa a evolução social do tema, passando das discussões à mera submissão ao precedente, mas também fundamentalmente pela própria relação política do princípio.

Se o princípio de intervenção mínima deriva da ideia de necessidade e se as necessidades sociais são cambiantes, conforme a evolução da própria sociedade, resulta imprescindível que, em havendo critérios, estes sejam abertos ou permeáveis à própria evolução social.

Assim, na fórmula adotada por Muñoz Conde¹⁸, de entender que o Direito penal só deve intervir contra os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento do ser humano em sociedade, temos que os critérios são absolutamente abertos.

Ataques mais graves, é um critério composto por um referencial. Se há o que é mais grave, há o menos grave. A referência é comparativa. Ou seja, por um lado se deixa clara a possibilidade de existência de outra classe de ataques ao bem jurídico, cuja comparação gradativa em uma escala de gravidade, admite abrir mão da intervenção

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 72.

penal especificamente quando outra forma de intervenção menos gravosa seja possível, em evidente expressão da ideia de subsidiariedade. Por outra, quando se fala em *gravidade*, esta pode referir-se tanto a aspectos quantitativos como qualitativos, abrindo ampla margem de interpretação. A referência a *ataques*, por sua vez, deixa clara a exigência de uma expressão externa, própria da vida de relação, como pré-requisito da intervenção.

O estabelecimento da limitação aos bens jurídicos *mais importantes*, também implica uma escala gradativa qualitativa, agora relacionada com os bens jurídicos objeto do ataque criminoso. Assim, dota-se de permeabilidade a eventual aflição de bens jurídicos que não obrigue à tradução em reação jurídico-penal. Esta fórmula expressa claramente a ideia de fragmentariedade, compreendida como a desnecessidade de cobertura absoluta do sistema de intervenção jurídico-penal.

O próprio conceito de *bem jurídico* é reconhecido pela doutrina como um conceito aberto¹⁹, cuja indefinição é justamente o que permite a abertura para a introdução da evolução social.

Tudo a indicar, portanto, que se pretende a adoção de critérios – ou vetores como quer o Supremo Tribunal Federal – que estes sejam abertos e permeáveis às evoluções da sociedade, reconhecendo-se, ademais, a importância da função exercida pelo intérprete na construção e no aprimoramento da ciência jurídica.

3.2 Os critérios escolhidos

Analisando, porém, os “vetores” elencados pela nossa Corte Suprema, o que se percebe é que os critérios acima referidos, de larga aceitação acadêmica, não foram precisamente os adotados. Tal qual citado, o elenco firmado pelo Supremo Tribunal Federal consubstancia-se em quatro critérios. No seu dizer:

¹⁹ Nesse sentido ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peñz, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997. v. 1, p. 71; HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 106-107. TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función en derecho penal**. Tradução de Mônica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 39. Esta abertura conceitual, se por um lado torna este um dos campos mais discutidos na dogmática moderna, por outro, é o que o valida como conceito, já que permite a oxigenação permanente do sistema de imputação com valores culturalmente admitidos pela evolução humana. O sacrifício absoluto da referência ao bem jurídico em prol da segurança jurídica de um sistema fechado leva, por vezes, ao sacrifício do critério de justiça, em torno do qual se desenvolve todo o direito e, portanto, não é aceitável.

- a) a mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) a nenhuma periculosidade social da ação;
- c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e
- d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Pois bem, conforme mencionado, o objeto do presente estudo prende-se especificamente à análise da pertinência do primeiro destes critérios, isto é, a “mínima ofensividade da conduta do agente”. Basicamente, o que se indaga é até que ponto o *desvalor da conduta* do agente pode ser utilizado como critério de aplicação do princípio da intervenção mínima.

Claro que todo o delito se equilibra em um desvalor de conduta e um desvalor de resultado. Conquanto isto seja mais evidente no âmbito do resultado, também o *desvalor da conduta* está associado a um bem jurídico, já que nem todas as condutas são juridicamente relevantes, menos ainda jurídico-penalmente relevantes.

Assim, a primeira tarefa parece ser a de identificação do que é uma conduta jurídico-penalmente relevante.

Esta tarefa remete essencialmente ao conceito jurídico penal de conduta ou ação. Neste sentido, é importante afirmar que o conceito jurídico de ação ou conduta não tem porque ser idêntico ao conceito físico de conduta, assim como outros conceitos jurídicos não coincidem *ipsis litteris* com seu coincidente físico²⁰. Aliás, não é demais observar que a ideia de um conceito ontológico de conduta em Direito penal é completamente ultrapassado no âmbito doutrinário das matrizes europeias²¹, ainda que siga vagando moribundo em cada vez mais escassas vozes doutrinárias brasileiras. Esta circunstância é

²⁰ Assim, por exemplo, o conceito de morte, que no âmbito das ciências naturais, por exemplo, a medicina, jamais admitiriam uma modalidade presumida, tal como expresso no art. 7º do Código Civil brasileiro: Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

²¹ Para detalhes a respeito, confira-se BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 69 e ss.

derivada da demolidora crítica sofrida pelo finalismo enquanto doutrina da ação²² à raiz do trabalho de Roxin²³.

Dentro das inúmeras tendências de superação do conceito ontológico de ação em direito penal, desponta como maior destaque o conceito significativo de ação. Isto por duas fundamentais razões: o avanço científico da teoria de base de onde arranca, que é a filosofia da linguagem e, ao mesmo tempo, seu perfeito ajuste ao cotidiano da *praxis* forense²⁴.

Dentro deste modelo, a ação é reconhecida como um sentido normativo e não um substrato ontológico. Ação e omissão são situações identificadas e compreendidas contextualmente, segundo a determinação das circunstâncias. Em termos penais, é possível dizer que a ação é o sentido de um substrato típico, pois a tarefa do intérprete se resume a identificar se as circunstâncias averiguadas transmitem um contexto de conduta (ação ou omissão) correspondente a um tipo, pois o tipo compõe o *standard*, o modelo, cujo sentido buscamos compreender como presente ou ausente no contexto exarado pelas circunstâncias.

Assim, fala-se já em tipo de ação ou tipo de omissão e não simplesmente em ação ou omissão.

O tipo de ação ou omissão compreende uma pretensão conceitual de relevância, pois expressa que, de algum modo, houve atuação concreta de um sujeito no sentido da determinação de um fato típico.

No entanto, na estrutura de distribuição das categorias do delito que brota do conceito significativo de ação, a presença de um tipo de ação ainda não significa que o fato seja relevante a ponto de pretender-se a aplicação da norma ao caso concreto.

É que resulta necessário reconhecer que a teoria do delito nada mais é do que a distribuição de tópicos que funcionam como filtros gerais do reconhecimento da pretensão

²² Importante notar que o *finalismo* é um termo utilizado tanto para designar uma fórmula de organização e distribuição das categorias do delito, quanto para designar uma teoria da ação. Isto deriva de que quando do advento da proposta de adoção de uma ação *finalista* por Welzel, desta concepção derivavam alterações sensíveis na distribuição dos elementos componentes do conceito de delito em face da teoria até então dominante. O *finalismo* era, e sempre foi, antes de tudo, uma teoria da ação. Assim, é possível afirmar que como teoria da ação, o *finalismo* está completamente superado, ainda que, como *fórmula de distribuição das categorias na teoria do delito* siga sendo dominante. A prova mais cabal disso é que tal fórmula é seguida pela maioria dos autores que não defendem mais um conceito de ação *finalista* em sentido ontológico.

²³ ROXIN, Claus. "Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação". in **Problemas fundamentais de Direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natcheradetz, 3 ed., Lisboa: Vega, 1998, p. 91 e ss.

²⁴ Para detalhes sobre o conceito significativo de ação, veja-se BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...**cit., p. 151 e ss.

de validade e legitimidade da norma para a produção de seus efeitos²⁵. Segundo Vives Antón²⁶, a estruturação teórica do delito não visa à produção de um resultado verdadeiro (daí que não é ciência, e sim mera técnica argumentativa), mas apenas um resultado justo. Esta pretensão de justiça deriva da aplicação de uma norma em correspondência com o sentido de uma ação. Assim, a realização, sabidamente utópica, da pretensão de justiça, se expressa nas subpretensões de validade normativa frente ao caso concreto, através da estruturação da teoria do delito.

Em função deste modelo teórico, Vives Antón propõe que o reconhecimento da existência do crime e, portanto, da validade da norma para a realização de pretensão de justiça em face do sentido de ação ou omissão perpetrado se expresse primeiramente através de uma pretensão de relevância. É necessário saber se a norma pode pretender a afirmação de sua relevância para o caso concreto; em seguida, afere-se à pretensão de ilicitude, que traduz a pretensão de que a norma possa afirmar ser a ação em questão um ilícito; em seguida, há de corresponder a uma pretensão de reprovação pessoal em face do autor; finalmente, a norma deve representar a pretensão de aplicação de uma pena, uma pretensão de punibilidade.

Destas todas subpretensões, a primeira delas, a pretensão de relevância deve expressar uma dupla dimensão: uma *pretensão conceitual de relevância*, ditada pela correspondência entre o modelo típico e a expressão de sentido da ação analisada, limitada, portanto, pelo catálogo dos tipos penais e uma *pretensão de ofensividade*, revelada pela expressão de sentido de ofensa grave a um bem jurídico importante para o desenvolvimento social da vítima.

Claro está que uma norma só pode afirmar sua pretensão de relevância em face do caso concreto, ou seja, afirmar que sua aplicação é relevante no contexto analisado, a partir de que a ação seja uma expressão de sentido correspondente a um tipo, momento em que se expressa o princípio de legalidade, e se a ação também expressa uma ofensa a um bem jurídico suficientemente importante para receber dimensão penal, garantindo, assim, o princípio de intervenção mínima.

Assim, a conduta deve expressar tal ofensa em gravidade suficiente para que se reconheça a presença da pretensão de relevância, primeiro atributo da norma na configuração da teoria do delito. *A mínima ofensividade da conduta*, portanto, primeiro critério de aferição defendido pelo Supremo Tribunal Federal, compreende, na verdade, ou toda a expressão do princípio de intervenção mínima ou um completo vazio.

²⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 481-482.

²⁶ Idem, p. 483.

Isto porque, compreendida a ação como expressão de sentido dizer que a conduta é dotada de uma ofensividade mínima, pode ser compreendido de duas formas: ou estamos dizendo que é efetivamente mínima a ofensividade, o que quer dizer que a ofensividade não pode ser menor do que a representada pela conduta, ou entendemos que há alguma ofensividade, ainda que mínima, sendo possível existir, em uma conduta, nenhuma ofensividade.

No primeiro caso, entendendo a *ofensividade mínima da conduta* como o limite mínimo, ou seja, entendendo que não é possível ser menos ofensivo do que a conduta em concreto foi, temos que aí já estaria representada a totalidade do princípio de intervenção mínima, posto que ausente a pretensão de ofensividade, ou seja, a conduta não teria expressado o sentido de qualquer ofensa ao bem jurídico.

Resultaria, pois, um completo despropósito analisar ideias como a *nenhuma periculosidade social da ação*, já que a ação que guarda ofensividade mínima, não sendo relevante para o bem jurídico, não tem periculosidade social alguma. Do mesmo modo, não faria sentido analisar o *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*, posto que um comportamento que não é ofensivo para bens jurídico não pode ser reprovável desde um ponto de vista penal. Finalmente, careceria de sentido discutir a *inexpressividade da lesão jurídica provocada*, porque a lesão jurídica decorreria justamente da expressão de sentido da ação perpetrada, que já, por si, teria sido reconhecida como de periculosidade nula.

Dando a segunda interpretação possível ao conceito de *ofensividade mínima da conduta*, ou seja, entendendo ter havido alguma ofensa, de caráter mínimo, mas não nula, é necessário lembrar que se está fazendo uma análise dentro do campo penal. Ora, a análise da pretensão de ofensividade não se dá em graus de intensidade, mas sim com vistas à afirmação de sua relevância. Portanto, entendida como existente alguma ofensividade, a ponto de representar uma expressão de sentido do ponto de vista penal, estaria presente a pretensão de relevância, ou, na terminologia tradicional, estaria afirmado materialmente o tipo. Dessarte, a presença de uma *ofensividade mínima* ou *ofensividade máxima*, seria matéria reservada para a quantificação da pena e jamais para a afirmação do crime, o que conduz à completa inutilidade do critério.

Deste modo, a primeira questão a definir é como interpretar a ideia de *ofensividade mínima*. Parece mais adequado, sob pena de trabalhar com um critério ou conceito absolutamente inútil, que se leve em conta que o que se pretende transmitir é a ideia penal de relevância material, ou seja, entender-se que há uma ofensividade mínima implicaria o afastamento do tipo de ação por carência da pretensão de ofensividade e logo, da pretensão de relevância da ação como expressão de sentido material de um tipo penal.

Restaria, ainda, ver o que exatamente pode significar o desvalor de conduta em sentido penal.

3.3 O que deve e o que não pode ser entendido por desvalor de conduta

Neste aspecto, é importante perceber que se está falando de uma expressão de sentido, ou seja, que uma ação é mais do que simplesmente um movimento físico, mas sim uma expressão que traduz a atuação de alguém em função de uma proposição que realiza algo relevante.

Deste modo, é fundamental firmar alguns limites que, conquanto não pretendam esgotar o tema, podem servir de tópicos iniciais para discussão.

O primeiro deles é a significação concreta do *desvalor da conduta*, como expressão do realizado. Ou seja, quando se fala da conduta, trata-se de uma expressão de sentido, daquilo que é realizado nos autos, daquilo que se pretende ver reconhecido como objeto válido da pretensão normativa de realização do justo. Ou seja, ficam fora aqui outros aspectos ou interpretações que se possa dar ao termo conduta. Com *conduta*, não se está expressando um modo cotidiano de proceder, um *modus vivendi*, mas sim, concretamente, uma ação ou omissão que se expressa com o sentido de um tipo ou não. Não interessa o modo de vida do agente, o seu passado ou o que quer que tenha realizado antes, nem mesmo o modo como leva a vida. Isto não pertence à afirmação de que se trata de um crime.

Pensar o contrário significa claramente optar por um *direito penal de autor* em detrimento de um *direito penal do fato*.

Em segundo lugar, é fundamental diferenciar entre *ações* e *atos* como expressão de *conduta*.

Quando se faz referência à *conduta* se trata de um proceder global, circunstanciado, muitas vezes levada a efeito através de vários atos. Assim, o contexto global do sentido de uma ação ou omissão faz denotar, precisamente, que a ideia, por exemplo, de crime continuado não é, ao contrário do que afirma a doutrina tradicional, uma *ficção*. Somente poderia ser *ficção* se adotado um conceito de ação que não pertence ao direito, mas à física. Um conceito ontológico que, ademais, tem imensa dificuldade de separar ação e ato. De um ponto de vista físico, resulta completamente impossível afirmar uma ação de dirigir e infirmar que seja uma ação, trocar as marchas, pisar no freio ou buzinar. De um ponto de vista normativo, ao contrário, compreende-se que todos estes são atos que compõem a ação de dirigir que, realizada no contexto da provocação imprudente de um acidente, representará um tipo de ação.

Esta compreensão normativa da *conduta* é fundamental para a compreensão de situações como a do delito de acumulação que, se por um lado, encontra barreira no princípio de culpabilidade²⁷, quando consiste em uma repetição de violação de um

²⁷ Sim, porque, se várias pessoas realizam condutas similares contra uma mesma vítima, de modo a que cada qual desconheça a atitude alheia, ninguém poderá responder pela culpabilidade derivada da atitude do outro.

mesmo bem jurídico de uma mesma vítima, realizada por um mesmo autor em escala sucessiva, poderá ser considerada uma única conduta como expressão de sentido típico e ter, aí mesmo, medido o seu grau de ofensividade, para fins de afirmação ou negação da existência de um delito.

Em conclusão, poder-se-ia afirmar em primeiro lugar a necessidade de que a jurisprudência defina concretamente sua interpretação a respeito do conceito de ação, fazendo-o através da adoção de um conceito normativo, em obediência às tendências dogmáticas modernas.

Também parece possível pretender ver resolvida a aparente inconsistência da expressão *mínima ofensividade da conduta*, visando deixar claro se está presente uma situação de absoluto afastamento de interesse penal, porque a ofensa deu-se contra um bem jurídico indigno de proteção penal, ou porque o ataque a um bem jurídico relevante foi demasiado leve para justificar a intervenção penal, ou se estamos apenas diante de uma ofensa que, conquanto efetivamente expressa um sentido de relevância, foi de escassa magnitude. Não é demais repisar que desta definição depende inclusive a utilidade mínima do critério em apreço.

A partir da fixação destas premissas especialmente se afirmada alguma utilidade do critério de *minima ofensividade da conduta*, incumbe discutir, tanto no campo teórico, quanto da *praxis* forense quais os limites interpretativos desta expressão, tanto para evitar uma tendência a um direito penal de autor, quanto para resolver problemas relacionados com os delitos de acumulação, sem prejuízo de outras implicações que ainda estejam por ser identificadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A Ilusão de segurança jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao direito penal**: bases para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Néelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**. Tradução de Perfecto André Ibañez, Gabriel Ignacio Anitúa, Marta Monclús Masó e Gerardo Pisarello, Madrid: Trotta, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

MAYER, Max Ernst. **Normas Jurídicas y Normas de Cultura**. Tradução de José Luis Guzmán Dabora, Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **El Espíritu del Derecho Inglés**. Tradução de Juan Carlos Peg Ros. Madrid: Marcial Pons, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: S. Fabris, 1999.

ROXIN, Claus. "Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação", in **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natcheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peñz, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.

TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y Función en Derecho penal**. Tradução de Mônica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

ENSAIO EM BUSCA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

TESTING IN SEARCH OF CRIMINAL PROCEDURE SYSTEMS

Rodrigo Régner Chemim Guimarães*

RESUMO

Em revisitação histórica das formas de emprego da palavra “sistema”, desde os gregos antigos até hoje, seu conceito somente ganhou contornos de precisão científica no século XVIII, com Immanuel Kant. Nessa medida os sistemas processuais penais não foram edificados como classicamente difundido pela doutrina (acusatório *versus* inquisitório). Essa dicotomia, assim, apresenta-se mais como fruto de análises modernas de discursos históricos esparsos e não sistemáticos, os quais são repetidos de forma irrefletida e estão a merecer revisão.

Palavras-Chave: Sistema. Sistemas processuais penais. Acusatório. Inquisitório.

ABSTRACT

In revisiting the historical forms of employment of the word “system” since the ancient Greeks to today, the concept only gained contours of scientific precision in the eighteenth century with Immanuel Kant. To this extent the systems of criminal procedure were not built as classically spread by the doctrine (adversarial *versus* inquisitorial). This dichotomy thus presents itself more as a result of modern analysis of historical speeches sparse and unsystematic, which are repeated so thoughtless and are worth review.

Keywords: System. Systems of criminal procedure. Adversarial. Inquisitorial.

* Promotor de Justiça em Curitiba, Paraná, Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR, Professor de Direito Processual Penal da FAE Centro Universitário Franciscano do Paraná e do UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba; Pesquisador do Grupo de Pesquisas “Modernas Tendências do Sistema Criminal” da FAE.

INTRODUÇÃO. O NASCIMENTO DO PROCESSO COMO CIÊNCIA

Uma das questões que ainda não foi bem resolvida pelos estudiosos do processo penal de matriz europeu-continental está relacionada aos sistemas processuais penais. A confusão conceitual – e mesmo de identificação dos próprios sistemas – é encontrada em diversos e renomados autores, tanto nacionais quanto estrangeiros, e vem contribuindo para a formação de gerações de juristas que não conseguem sequer compreender o significado prático desta falta de precisão científica.

Não é demais esclarecer que, em grande parte, a culpa pode ser debitada ao pouco tempo de estudo do processo como uma ciência e, mais particularmente ainda, do pouco estudo científico do processo penal. Assim, para permitir melhor compreensão da questão relacionada à divergência doutrinária a respeito dos sistemas, procede-se a breve retrospectiva de como se deu a evolução científica do processo, a partir do século XIX.

Abstraindo a contribuição inaugural e ainda primitiva dos glosadores do século XII e dos pós-glosadores da chamada “Escola de Bolonha”, até meados do século XIX (e agora, em particular, entre os alemães¹), o discurso unívoco do direito material e processual era a tônica da exegese das regras do direito romano antigo, patrocinada e defendida, na época (1814), por Savigny, que raciocinava sob a ótica de que os romanos antigos consideravam a “actio” como sendo o próprio direito material em movimento (no que se usou denominar de teoria imanentista ou civilista da ação)².

Procurando identificar equívocos de interpretação, surgiram as clássicas releituras do direito romano antigo, particularmente aquela relacionada ao conceito de “actio” dos romanos antigos, feita por Bernard Windscheid, em 1856, que vai provocar a famosa polêmica³ com outro jovem professor alemão, Theodor Muther, o qual critica o trabalho do mestre mais antigo, dando a entender que os romanos chamavam de “actio” o que

¹ A esse respeito IHERING, Rudolf Von. **É o Direito uma ciência?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005, p. 61 e ss. Vide, também, dentre outros, CHIOVENDA, Giuseppe. **A ação no sistema dos direitos.** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 11, o qual esclarece: “E ainda é mister ter presente que na Alemanha, onde estas pesquisas aconteciam (já que na Itália e em França ou se aceitava a olhos fechados como claríssima a definição de Celso e de Justiniano, ou se perpetuavam as questões de Donell, de Hotomano, de Úbero, de Heineccio, sobre a correção sistemática daquela definição, e sobre a oportunidade de completar o “quod sibi debetur” com a menção dos direitos reais), na Alemanha, digo, a doutrina tinha diante de si uma dupla terminologia: a “actio” romana, sobre cujo sentido preciso se discutia há muito tempo, especialmente desde que a descoberta das Institutas de Gaio havia colocado claramente o ordenamento do processo romano clássico; e a “Klage”, entendida como “Klagerecht”, ou direito de queixa, termo que havia sobrevivido ao processo medieval alemão.”

² SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica.** Tradução de Heloísa da Graça Buratti. São Paulo: Rideel, 2005. p. 31 e ss.

³ WINDSCHEID, Bernard; MÜTHER, Theodor. **Polémica sobre la actio.** Buenos Aires: EJE, 1974. Primeiro Bernard WINDSCHEID publica, em 1856, na cidade de Düsseldorf, a obra: **Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts.** No ano seguinte, em 1857, Theodor MÜTHER publica a crítica à Windscheid, na obra **Zur Lehre von der römischen actio, dem heutigen Klagerecht.** WINDSCHEID, por sua vez, rebate os argumentos de Muther, no mesmo ano de 1857, com a obra diretamente voltada para Muther, denominada: **Abwer gegen Dr. Theodor Muther.**

os alemães consideravam ser a “pretensão”, ou seja, algo diferente do direito material. Anos mais tarde, advirá o aperfeiçoamento teórico do conceito de ação, com as obras simultâneas de Degenkolb e Plözs.

No mesmo século XIX e, paralelamente, sem desconsiderar outros trabalhos que procuraram identificar a natureza jurídica do processo como algo diverso do direito material, inicialmente, como se fosse um “contrato” e, depois, um “quase-contrato”, e, ainda, as demais construções teóricas abstratas, é a partir da obra de Oskar Von Bulow⁴, denominada “A Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais”, publicada no ano de 1868, que o processo passa a ser considerado como uma ciência efetivamente autônoma. Foi Bülow quem conseguiu aperfeiçoar a ideia do processo como uma relação jurídica triangular, autônoma, unitária, complexa, pública e, abstrata.

Mesmo sua teoria podendo ser criticada a partir das posições posteriores de outros famosos pensadores⁵, resta-lhe o mérito de ser o precursor de uma visão mais científica do processo.

Ao lado deste discurso, é preciso considerar a própria concepção das codificações, que também é desta época. O marco de destaque está nos famosos Códigos Napoleônicos, dos quais, aqui, importa o *Code d’Instruction Criminelle*, de 1808. A força desta codificação pode ser representada pelo fato dele ainda estar vigente na França e ter servido de modelo para os demais Códigos de influência europeia continental, em particular o *Codice di procedura penale* italiano da década de 1930, o igualmente famoso *Codice Rocco*. Este último, como se sabe, também é fruto da ideologia fascista e vai servir de base ao nosso Código de Processo Penal de 1941, construído também sob a égide de um discurso ditatorial (Estado Novo, Getúlio Vargas).

Nesta mesma primeira metade do século XX, a evolução da construção da ciência do processo vai voltar a centralizar-se na Itália, onde, a par das demais contribuições de Chiovenda e Calamandrei, dentre outros, Francesco Carnelutti terá importância fundamental. Carnelutti é considerado o criador da Teoria Geral Unitária do Processo, tendo a jurisdição como centro de todo o discurso e como razão de ser da existência do próprio processo. Carnelutti dizia, já no início do século XX, que a Teoria unitária serviria para todos os ramos do direito processual: civil e penal. Vieram as críticas⁶ e o abandono da

⁴ BÜLOW, Oskar Von. **A Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

⁵ Em particular as obras de KOHLER (1888) e HELLWIG (1903), ambos na Alemanha, o primeiro com a teoria linear da relação jurídica e o segundo com a teoria angular. E também, as obras de Adolph WACH, em 1889, ainda na Alemanha, com sua teoria da exigência de proteção jurídica, ou Giuseppe CHIOVENDA, em 1894, na Itália, com sua teoria potestativa; James GOLDSCHMIDT, já em 1925, com sua teoria da situação jurídica e, ainda, Jaime GUASP, na Espanha, com a teoria da instituição.

⁶ A esse respeito, vide, dentre outros, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o conteúdo do processo penal**, Curitiba: Juruá, 1989.

Teoria Geral unitária somente se dá ao fim da vida de Carnelutti, que acaba reconhecendo a diferença entre o processo civil e o penal⁷. Esse reconhecimento permitirá, na prática, a “independência” do processo penal da visão civilista que costuma ser a matriz de suas interpretações.

Ou seja, com o perdão do reducionismo histórico acima pontuado, o início da construção de uma ciência do processo, não obstante ainda numa visão unitária (civil e penal), não ultrapassa 150 (cento e cinquenta) anos na história da humanidade, o que representa um “quase nada” se comparado ao fato de que desde pelo menos 1780 anos antes de Cristo, o Código de Hammurabi já trazia insculpido na grande pedra negra, regras de natureza processual penal.

Desta forma, mesmo o processo sendo uma realidade que acompanha a humanidade há mais de três mil anos, sua elevação à categoria de ciência, pensada, elaborada e construída, com objeto próprio, é significativamente recente. Daí, justamente, a dificuldade que, ainda hoje, os intérpretes desta ciência encontram quando se deparam com situações que exigem um rigor científico como é o caso, em particular, da identificação dos sistemas processuais penais. Aliás, a dificuldade é dada também pela falta de precisão histórico-científica aliada a não compreensão a respeito do que se entenda por “sistema”, como se verá a seguir.

1 O EMPREGO MULTIDISCIPLINAR DA PALAVRA “SISTEMA”

O conceito de “sistema” admite variações, sob óticas diversas, ora sendo empregado em visão mais formal, apenas para pontuar a existência de um conjunto de regras, ora como se fora algo equiparado ao método de interpretar as regras ou mesmo num simples “agrupamento de famílias” para usar a expressão de René David⁸.

A palavra “sistema” e sua noção elementar têm origem grega, derivando da conjugação das palavras “sýn” (que quer dizer: com ou junto) e “histánaí” (isto é, colocar, pôr)⁹, vindo a significar “conjunto”, “composto”, “construído” ou, ainda, “totalidade construída” e, para estar presente, o sistema deve obedecer a uma “unidade de comando”,

⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno, Campinas: Bookseller, 2004, p. 56 e ss.; CARNELUTTI, Francesco. **Princípios do processo penal** (Direito Processual Civil e Penal). Tradução de Júlia Jimenes Amador. Campinas: Peritas, 2001. v.2, p. 61 e ss.

⁸ DAVID, René. **Os Grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 21 e ss

⁹ CAPPELLINI, Paolo. **Sistema jurídico e codificação**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007. p. 09.

a fim de evitar visões distorcidas nas interpretações das regras que o estão a compor¹⁰. Mario G. Losano¹¹, com base no *Thesaurus graecae linguae* de Henricus Stephanus, esclarece que o termo é traduzido como “*coagmentatio, concretio, compages, compositio, collectio, congregatio, acervus, cumulus*”, dentre outros.

Do grego antigo, ganha tradução para o latim: *systema*, mas várias outras palavras em latim a substituem, a exemplo de *compago, constructio* ou, ainda, *structura*.¹²

Também não se ignora que hoje, como no passado, a noção de sistema possa construir discursos variados, com empregos diversos da palavra. Assim, além de servir a classificações e opções científicas e/ou metodológicas, a palavra “sistema” continua sendo usada inclusive num plano mais genérico e vulgar.

O que se tem, então, é que o emprego da palavra “sistema” sempre foi amplamente difundido. Aliás, raras são as atividades que dispensam a referência à ideia de sistema, não obstante, nem sempre se tenha a noção precisa do que se está trabalhando. Fala-se, por exemplo, em “sistema planetário”, “sistema solar”, “sistema filosófico”, “sistema político”, “sistema eleitoral”, “sistema social”, “sistema cultural”, “sistema populacional”, “sistema educacional”, “sistema orgânico”, “sistema operacional”, “sistema financeiro”, “sistema econômico”, “ecossistema”, e por aí vai, praticamente sem limites. Chega-se mesmo a usar a palavra sem que isso possa ser compreendido por quem a está empregando, a exemplo da afirmação que costuma provocar a ira das pessoas em diversas situações do dia a dia: “*infelizmente o sistema está fora do ar...*” ou, ainda, “*é culpa do sistema...*”. Enfim: quase todos os campos do conhecimento humano podem ser tratados sob um “enfoque sistêmico”.

Assim, como visto, o uso da palavra admite visão multidisciplinar, guardando especial construção teórica e significativa importância na Sociologia, onde se destaca o trabalho de Luhmann¹³, ou mesmo na Biologia – particularmente com Maturana e Varela¹⁴ ou, ainda, apenas no plano gramatical e linguístico, como o faz, por exemplo, Saussure¹⁵ e até mesmo, mais recentemente, no campo da informática¹⁶.

¹⁰ Conforme COLUCCI, Maria da Glória. **Fundamentos de teoria geral do direito e do processo**. 3. ed. Curitiba: JM Editora, 2003. p. 29 e ss. e também, a respeito da origem da palavra: FREITAS, Juarez. **A Interpretação sistemática do direito**, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 37.

¹¹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: das origens à escola histórica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1, p. 09.

¹² Conforme LOSANO, Mario G.. *Op. cit.*, p. 15 e ss.

¹³ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**. Lineamientos para una teoría general. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

¹⁴ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin, São Paulo: Pallas Athena, 2001.

¹⁵ SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de linguística geral**. 20. ed.. Tradução de A. Chelini, José P. Paes e I. Blikstein. São Paulo: Cultrix, USP, 1997, p. 126.

¹⁶ Com a edificação desta profissão da pós-modernidade: o “analista de sistemas”.

Quando ao Direito, embora de certa forma atrasado em comparação a outros ramos do conhecimento, o estudo dos sistemas tem provocado reflexos recentes, particularmente influenciado pela obra de Claus-Wilhelm Canaris¹⁷.

No que concerne ao Direito Penal material, servem de exemplo às teorias funcionalistas de Jakobs¹⁸ e Roxin¹⁹, que procuram superar a consagrada metodologia analítica para emprestar visão sistêmica e funcional ao Direito Penal. O mesmo está se verificando no Direito Processual Penal, como se verá mais adiante.

Diante deste quadro, o estudo dos sistemas, ou melhor, o estudo do que se entenda por “sistema”, como entidade científica própria, ganha cada vez mais campo e importância.

Assim, se o emprego da palavra é amplamente difundido, não é possível continuar a tratá-la como algo apenas abstrato, sem qualquer precisão terminológica, como se fosse uma “palavra-chave” que pudesse ser usada sempre que não se soubesse exatamente do que se está falando.

Para evitar esse equívoco de análise, passa-se a investigar o emprego histórico da palavra “sistema” ao longo dos tempos.

2 USOS PRIMITIVOS DA PALAVRA “SISTEMA” EM ARISTÓTELES (322 A.C.), EM JUSTINIANO (533 D.C.) E NA IDADE MÉDIA (ATÉ COPÉRNICO – 1473)

Considerando que a palavra “sistema” tem origem grega (como destacado acima), o ponto de partida desta análise histórica do emprego da palavra não deve ser outro, senão o de procurar evidenciar como era sua utilização entre os gregos antigos.

Já de início vale o alerta de Tércio Sampaio Ferraz Junior²⁰ ao apontar que o significado que hoje se lhe atribui “*não tem correspondência exata ao uso que dela fez o pensamento grego clássico*”, esclarecendo que “*systema não aparece aí nem como uma espécie característica de construção mental (pensamento sistemático) nem como específico para determinadas disciplinas científicas, nem ainda como titulação de livros ou estudos*”.

Mario G. Losano vai mais além e pondera que os gregos adotavam a palavra com, pelo menos, quatro significados distintos, dois deles técnicos e relacionados à música e

¹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

¹⁸ JAKOBS, Günter. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari; colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O Conceito de sistema no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 08.

à métrica e dois deles atécnicos, usados no dia a dia pela população, caracterizando, na essência, “qualquer forma de organização de qualquer elemento”²¹.

Seja como for, para a visão atécnica que serve ao presente ensaio, ou seja, para fugir da métrica e da música, Aristóteles aparece como o principal²² precursor da utilização da palavra e, diversamente do referido alerta feito por Tércio Sampaio, ao analisar-se os textos de Aristóteles, a palavra “sistema” parece alcançar o sentido de organização das ideias, como um método de análise de determinado tema central. De fato, em sua obra intitulada “Retórica”, Aristóteles dá o tom da estrutura de seu pensamento desde o início²³:

“Retórica é a contrapartida da Dialética. Ambas referem-se a assuntos gerais mais ou menos de interesse da compreensão humana e não pertencem a uma ciência definida. Assim, todos os homens fazem uso delas em maior ou menor medida, pois tentam, de certo modo, questionar e sustentar argumentos, defendendo-se a si próprios e acusando outros. Pessoas comuns fazem-no aleatoriamente ou por meio da prática e de hábitos adquiridos. Caso esses meios sejam possíveis, o assunto pode ser claramente conduzido de modo sistemático, e por isso é possível inquirir os motivos pelos quais alguns oradores obtêm êxito por meio da prática e outros espontaneamente”.

E mais adiante complementa:

Deixe-nos agora tentar solucionar os princípios sistemáticos da Retórica em si, isto é, o método correto e os meios de sucessão no objeto que estabelecemos anteriormente. Devemos começar do princípio e definir primeiro o que é retórica, antes de seguirmos em frente.²⁴

O que se vê, portanto, é que Aristóteles elabora uma dissecação de todos os aspectos que envolvem a ideia de Retórica. Assim, não obstante não chegue a definir exatamente o que se entende por sistema, deixa transparecer que o “sistema retórico” engloba diversos aspectos, diversos princípios, todos concatenados entre si. Enfim, Aristóteles enxergava o sistema como uma organização de ideias, não mais do que isso.

Depois de Aristóteles, a abordagem sistemática também se evidencia no ordenamento jurídico romano antigo²⁵, destacando-se, particularmente, as Institutas do Imperador Justiniano, que também apresentam uma visão organizacional das regras positivadas. Aliás, esta preocupação fica clara já no Proêmio das Institutas:

“E, depois que harmonizamos as sacratíssimas constituições imperiais, até então confusas, estendemos nossos cuidados para os imensos volumes da ciência antiga do

²¹ LOSANO, Mario G.. *Op. cit.*, p. 10.

²² Ocasionalmente a palavra também é referida em Platão.

²³ Aristóteles. **Retórica**. Tradução de Marcelo Silvano Madeira, São Paulo: Rideel, 2007. p. 19.

²⁴ Aristóteles. *Op. cit.*, p. 23.

²⁵ Sobre o tema, mais uma vez LOSANO, Mario G.. *Op. cit.*, p. 15 e ss.

direito, e chegamos com o favor divino ao fim da obra, julgada tão desesperada como atravessar o oceano a pé. (...) Assim, depois de reunidos os cinquenta livros do Digesto ou Pandectas, nos quais está compilado todo o antigo direito, o que fizemos por meio do referido e excelso varão Triboniano e de outros varões ilustres e eloquentes, mandamos organizar estas Institutas em quatro livros, para que constituíssem os primeiros elementos de toda a ciência legítima do direito.”²⁶

E, no Título I, denominado “Da Justiça e do Direito”, Justiniano deixa clara a linha mestra que deverá nortear toda a interpretação das demais regras, na famosa definição dos preceitos do direito:

“Praecepta júris sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere” (Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu)²⁷

Do texto acima se extrai uma preocupação mínima de pautar-se por uma organização dos textos legais, orientados por princípios claros e previamente definidos, o que pode ser visto como um embrião da estrutura sistemática, mais tarde melhor pensada e definida.

Depois dos romanos e ao longo de boa parte da Idade Média, decorrência da necessidade de aperfeiçoar-se a memória como mecanismo de transmissão do conhecimento, o ainda embrionário pensamento sistemático, ficará em grande medida estruturado e circunscrito às imagens arbóreas (*arbores*), como destaca de forma precisa Mario G. Losano:

O homem medieval possuía em muitas coisas uma percepção diferente da atual: mesmo estruturas de pensamento que hoje parecem simples, como as relações de parentesco, muitas vezes lhe pareciam complexas. Além disso, como em toda sociedade sem imprensa e sem uma alfabetização difusa, o que ajudava a compreender e a recordar não era tanto a audição, e sim a imagem.(...)

Para sintetizar situações complexas também externas ao direito recorria-se a figuras geométricas, denominadas ‘estemas’. Ao ‘emblema’ ou ‘estema’, acrescentava-se uma representação figurativa, ‘a imagem total da representação artística e da estrutura jurídica’, que assumia o nome de ‘esquema’. Além disso, também se utilizava a imagem do cacho de conceitos, ou seja, da ‘pirâmide’, e da ‘construção’ arquitetônica, que se tornarão símbolos típicos do sistema a partir do século XIX. (...) Mas a imagem mais antiga e significativa é a

²⁶ INSTITUTAS DO IMPERADOR JUSTINIANO: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla; elaborado pela ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d. C.. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 16.

²⁷ INSTITUTAS DO IMPERADOR JUSTINIANO: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado pela ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d. C., p. 22. da ‘árvore’ (arbor), que conheceu grande difusão em todos os campos do saber, a ponto

da 'árvore' (arbor), que conheceu grande difusão em todos os campos do saber, a ponto de nos textos italianos medievais 'estema' (stemma), 'esquema' (schema) e 'árvore' (arbor) acabarem sendo usados como sinônimos".²⁸

A par desta estrutura "arbórea" do pensamento, também neste período pós-Justiniano, o discurso filosófico europeu continental ficará pautado pela visão católico-cristã, despertando pensadores como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, não obstante não se possa ignorar a "redescoberta" dos textos de Aristóteles²⁹ por volta do século XI.

Esse domínio do discurso religioso dificultará o crescimento da humanidade sob o plano científico e somente sofrerá ruptura após lento processo de questionamento da linguagem oficial, como se verá a seguir.

3 O PENSAMENTO SISTEMÁTICO E O "PROCESSO DE SECULARIZAÇÃO" (1473 A 1712³⁰)

Como destacado acima, é preciso compreender que o discurso filosófico europeu foi, durante muito tempo, "dominado" pela visão católico-cristã, ou seja, desenvolvia-se a filosofia preocupado com a questão divina. Essa estrutura discursiva começa a ser questionada com o Renascimento quinhentista, em "movimento" que se pode denominar de "processo de secularização". De início vale o registro que a palavra "secularização" aqui é tomada como equivalente a "dessacralização", como a necessidade de desapego com o divino e com a preocupação no ser humano e não apenas no sentido de transmissão forçada dos bens da Igreja à autoridade do Estado, conforme refere Habermas³¹.

A mudança paradigmática – para emprestar o termo cunhado por Thomas Kuhn³²– no plano da ciência, vai se dar com Nicolau Copérnico (1473 a 1543) que, com seu "sistema" heliocêntrico, "minou" a visão de mundo geocêntrico aristotélico-cristão até

²⁸ LOSANO, Mario G.. *Op. cit.*, p. 35 e 36.

²⁹ Há quem atribua papel importante à redescoberta dos textos de Aristóteles, quatro séculos antes, como o dado revolucionário da cultura medieval, a exemplo de RUBENSTEIN, Richard. E.. **Herdeiros de Aristóteles, como cristãos, muçulmanos e judeus redescobriram o saber da Antiguidade e iluminaram a Idade Média**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. p. 15 e ss.

³⁰ O "processo de secularização" teve seguimento posterior a esta data, a exemplo das contribuições de Voltaire, Beccaria e tantos outros, culminando na Revolução Francesa. No entanto, aqui, o interesse de análise é limitado no período indicado.

³¹ HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da natureza humana**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 138.

³² KUHN, Thomas. **A Estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

então tida como absoluta³³. Johannes Kepler sucede-lhe na evolução do pensamento, aperfeiçoando o discurso copernicano com sua “Astronomia Nova” datada de 1609, e sofrendo diretamente com o processo por heresia de sua mãe³⁴. Em contribuição relevante, Galileu Galilei (1610) também se revela um marco importante, pois, em crítica mais direta à Aristóteles – então doutrina oficial da Igreja –, sustentou a unificação das regras “supralunar” (considerada a região celeste, um mundo perfeito e imutável) e “sublunar” (considerada a região terrestre, um mundo imperfeito e inacabado), procurando desmistificar a física e a metafísica aristotélicas. Acabou, também ele, condenado pela Igreja em 1633³⁵. Na mesma linha, Isaac Newton que, em 1670, questionou, dentre outras, a Santíssima Trindade e a divinização de Cristo³⁶.

Tem-se, portanto, diversas manifestações de repulsa ao pensamento oficial da Igreja Católica. Outras tantas também nascem dentro da própria Igreja Católica, a exemplo das ideias reformistas delineadas nas 95 teses publicadas por Martinho Lutero, em 1517; do “Manifesto de Praga” de Tomás Müntzer em 1521 e até mesmo de Calvino em 1535 (em que pese este último também tenha servido aos interesses dos detentores do dinheiro – e, nessa medida, de parcela do poder –, ao justificar a riqueza terrena)³⁷. Também contribuiu para atacar ironicamente os abusos da Igreja, o “quase padre” Erasmo de Rotterdam em sua obra “Elogio da Loucura”, escrita em 1509³⁸.

Outros tantos criticaram a visão católica e alguns chegaram a ser considerados mártires desse período, como os filósofos e freis dominicanos Giordano Bruno e Tommaso Campanella, o primeiro morto pela inquisição romana, em 1600, justamente por sustentar a ideia de universo infinito e a existência de vários mundos semelhantes à Terra e por desenvolver críticas ao processo inquisitorial³⁹ e o segundo perseguido e condenado à

³³ Sobre a “revolução copernicana” vide, dentre outros, JAPIASSU, Hilton. **Galileu**: o mártir da ciência moderna. São Paulo: Letras & Letras, 2003. p. 13 e ss.

³⁴ Sobre a vida de Johannes Kepler vide CONNOR, James A. **A Bruxa de Kepler**: a descoberta da ordem cósmica, por um astrônomo em meio a guerras religiosas, intrigas políticas e o julgamento por heresia de sua mãe. Tradução de Talita M. Rodrigues, Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

³⁵ Sobre Galileu Galilei vide a obra de WHITE, Michael. **Galileu Anticristo**. uma biografia. Tradução de Julián Fuks, Rio de Janeiro: Record, 2009 e também JAPIASSU, Hilton.. *Op cit*.

³⁶ Vide WHITE, Michael. **Isaac Newton: o último feiticeiro**: uma biografia. Tradução de Beatriz Medina. Rio de Janeiro: Record, 2000 e também ARANTES, José Tadeu. **Bacon e Newton**: em busca da alma do mundo. São Paulo: Terceiro Nome, Mostarda, 2005. p. 55 e ss.

³⁷ Sobre Martinho Lutero, Tomás Müntzer e Calvino vide, dentre outros, DE BONI, Luis Alberto. **Escritos seletos de Martinho Lutero, Tomás Müntzer e João Calvino**. Tradução de Ilson Kayser, et al.. Petrópolis: Vozes, 2000 e também DELUMEAU, Jean. **O pecado e o medo**: A culpabilização no Ocidente (Séculos 13-18). Tradução de Álvaro Lorencini, Bauru, SP: EDUSC, 2003, v.2, p. 371 e ss.

³⁸ ROTTERDAM, Erasmo. **Elogio da Loucura**. Tradução de Ana Paula Pessoa. São Paulo: Sapienza, 2005.

³⁹ BRUNO, Giordano. **Tratado da Magia**. Tradução, introdução e notas de Rui Tavares. São Paulo: Martins, 2008. Sobre a vida de Giordano Bruno e o processo a que foi submetido, vide WHITE, Michael. **O Papa e o herege**: Giordano Bruno, a verdadeira história do homem que desafiou a Inquisição. Tradução de Maria Beatriz Medina, Rio de Janeiro: Record, 2003.

prisão perpétua em 1589, por defender Galileu Galilei e rebater o pensamento de Tomás de Aquino, vindo a ser libertado, 27 anos depois, por gozar da proteção do Papa Urbano VIII⁴⁰.

É evidente que vários outros importantes pensadores da época poderiam ser lembrados, a exemplo de René Descartes, que em 1641 publica suas meditações metafísicas (o homem domina a natureza) e dá início ao racionalismo; de Baruch Spinoza, seguidor da filosofia de Giordano Bruno e cuja obra é permeada pela ideia de Deus, não necessariamente nos moldes “oficiais” da Igreja⁴¹, situação que provocou sua morte, queimado na fogueira em 1677⁴².

No campo jurídico-filosófico a obra que provoca grande contribuição crítica ao comportamento da Igreja da época é a denominada *Cautio Criminalis* publicada anonimamente em 1631, na Alemanha (constava da capa da segunda edição – 1632 – a referência a um *incerto theologo romano*), cuja autoria foi atribuída ao jesuíta Friedrich Spee Von Langenfeld, não obstante, em vida, tenha ele, por evidente receio da consequência, negado formalmente sua participação na publicação da primeira edição (as demais edições foram publicadas por iniciativas de terceiras pessoas)⁴³.

A obra de Spee é estruturada em perguntas e respostas e, num discurso crescente, vai apresentando as inúmeras razões para abandonar as práticas inquisitoriais de interrogatório, em particular relacionadas com o emprego da tortura, finalizando por criticar todos os métodos da Igreja na condução do processo criminal. O interessante é que Spee parte de relatos de sua própria experiência como inquisidor de “bruxas” ao passo que procura questionar a legitimidade da Igreja em persegui-las, colocando-as, inclusive, em comparação com os primeiros mártires cristãos⁴⁴.

O que se percebe, portanto, desse longo período da história é que o pensamento sistêmico/organizacional de Aristóteles ainda estava fortemente presente. Assim, justamente por servir de suporte ao discurso oficial da Igreja, legitimando, inclusive, os abusos da Inquisição, é que passou a ser questionado, notadamente pelas construções científicas a partir de Nicolau Copérnico.

De qualquer sorte, do mesmo jeito que se evidenciava em Aristóteles, os pensadores da época ainda não traziam uma preocupação com a precisão terminológica, ou seja, com o significado do que se compreendia como “sistema”.

⁴⁰ CAMPANELLA, Tommaso. **A Cidade do sol**. Tradução de Heloísa da Graça Burati, São Paulo: Rideel, 2005.

⁴¹ SPINOZA, Baruch de. **Pensamentos metafísicos**. Tradução de Marilena de Souza Chauí Berlinck. São Paulo: Abril, 1973. p. 22 e ss (Os pensadores).

⁴² Conforme STRATHERN, Paul. **Spinoza em 90 minutos**. Tradução de Marcus Penchel, Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000. p. 7 e ss.

⁴³ SPEE VON LANGENFELD, Friedrich. **Cautio criminalis**, or a Book on Witch Trials. Traduzida para o inglês por Marcus Hellyer. Virginia: University of Virginia, 2003.

⁴⁴ SPEE VON LANGENFELD, Friedrich. Op. cit., p. XIII e ss. e também p. 127 e ss.

Aliás, segundo registra Niklas Luhmann, é somente a partir do ano 1600, que começa a surgir a conotação “moderna” do que se entende por “sistema”⁴⁵. Esse período coincide com o surgimento das enciclopédias, a exemplo da enciclopédia de Alsted, de 1610, que era apresentada como sendo um “sistema *mnemonicum*”, aliado ao emprego da palavra na teologia⁴⁶.

Em seguida também guarda destaque o trabalho de Christian Thomasius, professor de filosofia em Leipzig e Halle⁴⁷, em teses publicadas em 1701⁴⁸ (*De crimine magioe*) e 1712 (*De origine et progressu processus inquisitorii contra sagas*⁴⁹), onde critica diretamente a “vacuidade pensante” do *Malleus Maleficarum*, para usar a precisa expressão empregada por Zaffaroni⁵⁰.

Contemporâneo de Thomasius na mesma Universidade de Halle, e ainda preocupado com a questão divina, destaca-se a importância, para a visão sistemática, do professor Christian Wolff, como se verá a seguir.

Tércio Sampaio Ferraz Junior⁵¹ indica que é com o pensamento filosófico de Christian Wolff, já em 1719, que a palavra “sistema” vai ser adotada em sua visão moderna, ou seja, como “*mais que um mero agregado de um esquema ordenado de verdades*”, mas pressupondo “*a correção e a perfeição formal da dedução*”. Melhor será analisar o que o próprio Christian Wolff desenvolveu, como se passa a expor.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamientos para una teoría general. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 30.

⁴⁶ Conforme LOSANO, Mario G., *Op. cit.*, p. 45 e p. 60.

⁴⁷ Conforme ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução do alemão para o espanhol de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 563. A importância de Thomasius, também é referida por LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira, Campinas: Russell Editores, 2003. v.1, p. 110 e 112, o que aponta Thomasius como professor de Halle.

⁴⁸ A data precisa oscila entre os autores que a referem. Zaffaroni informa o ano 1704, já Von Liszt apresenta os anos de 1701 e 1712.

⁴⁹ THOMASIVS, Christian. **De crimina magiae**: de origine et progressu processus inquisitorii contra sagas. Ed. Rolf Lieberwirth, Hermann Böhlhaus Nachfolger, Weimar, 1967. (Bibliotheca Augustana). Disponível em :<www.hs-augsburg.de>. acesso em 31 de mar de 2009

⁵⁰ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2. ed Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.1, p. 515 e ss.

⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 11.

4 A NOÇÃO DE SISTEMA EM CHRISTIAN WOLFF (1719)

Não obstante o filósofo Christian Wolff, discípulo de Leibniz, seja pouco estudado nos dias atuais, sua obra teve importância significativa para o desenvolvimento do pensamento kantiano, como se verá no tópico seguinte, e é, sem dúvida, um marco no desenvolvimento da ideia de sistema.

Christian Wolff chegou à Universidade de Halle em 1706, para lecionar Matemática e Ciências Naturais e lá se deparou com a predominância da filosofia do também Professor Christian Thomasius (acima referido), a quem não apreciava. Wolff, que começou lecionando matemática, para fazer um contraponto ao discurso de Christian Thomasius, acabou enveredando para outras disciplinas, em particular Física e Teologia. Ao lecionar Teologia Wolff incutiu em seus alunos a necessidade de se buscar melhores definições e demonstrações, provocando receio nos teólogos de então, os quais, inclusive, passaram a persegui-lo⁵².

No que diz respeito ao pensamento sistêmico, Christian Wolff quando muito alcançou a noção de “ordem” e não propriamente de “sistema”, dizendo⁵³:

“Quando se considera conjuntamente uma multiplicidade como um todo unitário e se encontra nela – de modo que se sucede simultânea e sucessivamente – alguma semelhança, então surge uma ordem, já que a ordem não é outra coisa senão a semelhança do múltiplo em seu suceder-se simultâneo e sucessivo. (...) Quando quero saber se algo está ou não em ordem, primeiro tenho que distinguir com exatidão todas as coisas que são distinguíveis naquilo que se contempla como um conjunto e que se considera como parte do todo. Em segundo lugar, tenho que comparar aquilo que – enquanto ocupe um lugar determinado – se distingue em cada uma destas partes. Assim se encontrará o que entre elas é idêntico. Se for encontrado algo idêntico em todas estas partes, terá lugar nelas uma semelhança e se terá descoberto assim, a ordem e, então, se poderá explicar aos demais, afirmar contra os que o põem em dúvida e defender contra toda a objeção”.

Em outra obra de Christian Wolff também se observa o embrião de uma estrutura sistemática. Ele chegou a apresentar seu pensamento filosófico como embasado nas seguintes premissas científicas⁵⁴:

⁵² Conforme GONZÁLES RUÍZ, Agustín. Presentación. In: WOLFF, Christian. **Pensamientos racionales acerca de Dios, el mundo y el alma del hombre, así como sobre todas las cosas em general**. Tradução para o espanhol de Agustín González Ruiz. Madrid: Ediciones Akal, 2000. p. 11 e ss.

⁵³ WOLFF, Christian. **Pensamientos racionales acerca de Dios: el mundo y el alma del hombre, así como sobre todas las cosas em general**. Tradução para o espanhol de Agustín González Ruiz. Madrid: Ediciones Akal, 2000. p. 90 e ss. Aqui, em Tradução livre do autor.

⁵⁴ Segundo informa GONZÁLES RUÍZ, Agustín. Presentación. In: WOLFF, Christian. *Op. cit.*, p. 14. Tradução livre do autor.

- 1) Devem ser utilizados somente termos definidos com precisão e princípios suficientemente provados.
- 2) Somente deverão ser aceitas proposições que derivem de princípios suficientemente demonstrados.
- 3) Devem definir-se (ou explicar-se) em definições prévias os termos contidos nas proposições subsequentes.
- 4) Deve ser determinada com precisão a condição sob a qual se atribui o predicado ao sujeito em cada proposição.
- 5) As demonstrações devem suscitar na memória, os conhecimentos necessários para completá-las.
- 6) Devem ser ordenadas as proposições tal como se sucedem na mente de quem as demonstra.
- 7) Devem ser aceitas hipóteses somente na medida em que sirvam ao descobrimento de novas verdades.

Mesmo trabalhando com o conceito de “ordem” ao invés de “sistema”, é notável a contribuição de Wolff para a discussão “organizada” das ideias naquela época e até mesmo para a base de um discurso científico que vai ser aperfeiçoado com Kant.

Percebe-se, portanto, uma firme preocupação metodológica em Christian Wolff, sempre procurando construir o pensamento filosófico em termos científicos.

Nessa mesma linha, Wolff ainda vai desenvolver a ideia de razão pura, semeando o campo para a posterior crítica de Kant. Disse Wolff⁵⁵:

“DE QUANDO É PURA A RAZÃO.

Quando se compreende a interconexão das coisas de tal modo que se podem conectar umas verdades com outras sem tomar proposição alguma da experiência, então a razão é pura; quando, ao contrário, se tomam como apoio proposições da experiência, então se mesclam entre si razão e experiência, e não compreendemos completamente a interconexão das verdades entre si. Assim, quando a partir da experiência chegamos a uma proposição, nos detemos e nossa razão não pode prosseguir”.

Do que se percebe, então, o pensamento de Christian Wolff é o ponto de partida para a construção do discurso crítico kantiano, como se verá a seguir. É a base, portanto, da preocupação com a precisão científica dos conceitos, evidenciada em Kant. Em particular com a precisão conceitual de “sistema”.

⁵⁵ WOLFF, Christian. *Op. cit.*, p. 154. Tradução livre do autor.

5 OS SISTEMAS EM IMMANUEL KANT (1781)

Como destacado acima, Immanuel Kant parte, em grande medida, da organização do pensamento científico desenvolvida por Christian Wolff. Aliás, em nenhum momento Kant esconde a origem de seu modo de pensar e a admiração que nutria por Wolff, como ele mesmo admite:

Na execução do plano traçado pela Crítica, isto é, no futuro sistema da Metafísica, devemos pois seguir um dia o método estrito do famoso Wolff, o maior de todos os filósofos dogmáticos. Este deu pela primeira vez o exemplo (e criou por seu meio o espírito de profundidade que ainda não se extinguiu na Alemanha) de como se deve, pelo estabelecimento regular de princípios, pela clara determinação dos conceitos, pelo procurado rigor nas demonstrações, pela prevenção de saltos temerários nas conclusões, tomar o caminho seguro de uma ciência.⁵⁶

Seguindo, portanto, a estrutura de pensamento de Christian Wolff no que se refere ao conceito de sistema, Kant trouxe a informação de que todo sistema deve estar fundado num “princípio da unidade sistemática” ou “princípio unificador”, à luz do que ele denominou ser a “arquitetônica”⁵⁷, que consiste em unificar o conhecimento mediante uma ideia. Ou, em suas palavras, quando afirmou noutro texto, intitulado “Prolegômenos”:

Embora seja impossível uma totalidade absoluta da experiência, contudo a ideia de um todo do conhecimento, segundo princípios em geral, é a única coisa capaz de criar uma espécie particular de unidade, a saber, a de um sistema, sem a qual nosso conhecimento nada mais é que um fragmento inútil para o fim supremo (que sempre é o sistema de todos os fins); não entendo com isto somente o uso prático da razão, mas também o fim supremo do uso especulativo.

As ideias transcendentais expressam, portanto, a determinação própria da razão, a saber, como um princípio da unidade sistemática do uso do entendimento.”⁵⁸

E, ao final de sua Crítica da Razão Pura, publicada em 1781, melhor esclareceu a questão da “arquitetônica” como a “arte dos sistemas”:

Por arquitetônica compreendo a arte dos sistemas. Como a unidade sistemática é o que converte o conhecimento vulgar em ciência, quer dizer, transforma um simples agregado desses conhecimentos em sistema, a arquitetônica é, então, a doutrina do que há de científico no nosso conhecimento em geral e pertence, nesse seguimento, necessariamente, à metodologia.

⁵⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 19, (Os Pensadores).

⁵⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 584 e ss.

⁵⁸ KANT, Immanuel. **Prolegômenos**. Tradução de Tânia Maria Bernkopf. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 169, (Os Pensadores).

No domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia mas um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. Assim, por sistema entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. Esta é o conceito racional da forma de uma totalidade, na medida em que nela se determinam “a priori” tanto o âmbito da diversidade quanto o lugar respectivo das partes. Dessa forma, o conceito científico da razão contém o fim e a forma da totalidade que é correspondente a um tal fim. A unidade do fim a que se reportam todas as partes, ao mesmo tempo em que se reportam umas às outras na ideia desse fim, faz com que cada parte não possa faltar no conhecimento das restantes e que não possa ter lugar nenhuma adição acidental ou nenhuma grandeza indeterminada da perfeição, que não tenha seus limites determinados “a priori”. Portanto, totalidade é um sistema organizado – articulado – e não um conjunto desordenado (“coacervatio”). Pode crescer internamente (“per intussusceptionem”), mas não externamente (“per oppositionem”), assim como o corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins”.

Já em seguida, Kant reforça a necessidade do sistema ser identificado a partir de uma ideia fundante, não guardando a mesma estrutura quando o conjunto de regras é fruto de uma construção apenas empírica. Nesse caso, Kant considera o conjunto de regras como se fosse apenas “uma unidade técnica”, mas não um “sistema”:

“A fim de se realizar, a ideia necessita de um esquema, quer dizer de uma pluralidade e de uma ordenação das partes que sejam essenciais e determinadas “a priori” segundo o princípio definido pelo seu fim. O esquema, não sendo esboçado consoante uma ideia, ou seja, a partir de um fim capital da razão, mas empiricamente segundo fins que se apresentam acidentalmente – cujo número não se pode saber antecipadamente –, dá uma unidade técnica. Todavia, aquele que surge apenas em consequência de uma ideia – onde a razão fornece os fins “a priori” e não os aguarda empiricamente – funda uma unidade arquitetônica.”⁵⁹

Partindo dessa divisão conceitual clara (entre o que é sistema e o que é apenas uma “unidade técnica”) Kant avança e conclui que a ciência não pode surgir de forma acidental, apenas pautada pela experiência (“tecnicamente”), mas sim “arquiteticamente”, ou seja, deve ser fruto de uma ideia fundante, ou, para usar suas palavras:

devido à afinidade das partes e à sua derivação de um único fim supremo e interno, que é aquilo que primeiro torna possível a totalidade. Seu esquema deve conter, em conformidade com a ideia, ou seja, “a priori”, o esboço – monograma – da totalidade e a divisão deste nos seus membros e distingui-lo de todos os outros com segurança e de acordo com princípios.

⁵⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Alex Marins, p. 584 e 585.

Sem ter uma ideia por fundamento, ninguém tenta estabelecer uma ciência.”⁶⁰

Noutros trechos de suas obras, Kant volta a referir à necessidade do pensamento sistemático, como nesta passagem do “Manual dos Cursos de Lógica Geral”:

De wissen (saber) provém *Wissenschaft* (ciência), que deve ser entendida como conjunto de um conhecimento como *sistema* (*system*), em oposição ao conhecimento comum (*gemeinen Erkenntnis*), conjunto de um conhecimento como mero agregado (*Aggregate*). O sistema que repousa sobre a ideia de um todo que precede as partes é o oposto do conhecimento comum, mero agregado de conhecimentos cujas partes precedem o todo.⁶¹

E ainda:

É um projeto estranho e aparentemente absurdo querer redigir uma história (*Geschichte*) segundo uma ideia de como deveria ser o curso do mundo, se ele fosse adequado a certos fins racionais – tal propósito parece somente resultar num romance. Se, entretanto, se pode aceitar que a natureza, mesmo no jogo da liberdade humana, não procede sem um plano nem um propósito final, então esta ideia poderia bem tornar-se útil; e mesmo se somos míopes demais para penetrar o mecanismo secreto de sua disposição, esta ideia poderá nos servir como um fio condutor para expor, ao menos em linhas gerais, como um sistema, aquilo que de outro modo seria um agregado sem plano das ações humanas.⁶²

O que se vê, portanto, é que, para Kant, é a partir da aceitação de se estar inserido num *sistema* de regras (significantes) e do exato alcance de seus significados que se pode vir, então, alargar os horizontes e estabelecer critérios de exegese fundamentais, sem os quais as regras não devem passar de um “agregado” ilógico e desorientado (ou de regras veladamente mal orientadas, verdadeiras “falácias de acidente” a que se refere Irving Copi⁶³).

Ou, ainda, para usar novamente as palavras do próprio Kant, ao tratar da finalidade da natureza, antecipando a visão de Maturana e Varela, quando afirma a necessidade de todos os órgãos dos animais atingirem suas finalidades, pois, “se prescindirmos desse princípio, não teremos uma natureza regulada por leis, e sim um jogo sem finalidade da natureza e uma indeterminação desconsoladora toma o lugar do fio condutor da razão.”⁶⁴

Temos, então, de forma precisa o pensamento kantiano a respeito de sistema, estabelecendo que ele parte de uma ideia fundante e se orienta por princípios unificadores, sem o que o conjunto de regras é assistemático. Além disso, é necessário que o sistema seja construído *a priori*, a partir da referida ideia fundante e não *a posteriori* pela mera constatação empírica, ou pela reunião selecionada de fatos concretos.

Essa visão conceitual, como se verá adiante, permanece, ainda hoje, como inatacável.

⁶⁰ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Alex Marins, p. 585.

⁶¹ KANT, Immanuel. **Manual dos cursos de lógica geral**. Tradução de Fausto Castilho. 2 ed. Campinas, Editora da Unicamp; Uberlândia: Edufu, 2003. p. 147.

⁶² KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Organização Ricardo R. Terra. Tradução de Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 19 e 20.

⁶³ COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. São Paulo: Mestre Jou, 1974, p. 82 e ss.

⁶⁴ KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**, p. 05.

6 A TEORIA GERAL DOS SISTEMAS DE LUDWIG VON BERTALANFFY (1920 A 1970)

Depois de Kant, dos pensadores que se debruçaram sobre a questão dos sistemas, procurando estudar e classificar essa noção, destaca-se o austríaco Ludwig Von Bertalanffy e sua “Teoria Geral dos Sistemas”⁶⁵, pensada a partir de 1920, fruto de seus questionamentos no campo da biologia, desenvolvida, em grande parte, nas décadas de 50 e 60 do século XX e apresentada em forma de livro em 1967⁶⁶. Já de início destaca-se sua importante observação de que a “*ideia de sistema conserva seu valor mesmo quando não pode ser formulada matematicamente ou permanece uma “ideia diretriz” mais do que uma construção matemática*”⁶⁷.

Bertalanffy pondera que existem “*leis gerais dos sistemas que se aplicam a qualquer sistema de certo tipo, independentemente das propriedades particulares do sistema e dos elementos em questão*”⁶⁸ e define “sistema” de forma significativamente genérica, ou seja, como “conjunto de elementos em interação”⁶⁹. Ao que se infere, Bertalanffy está mais preocupado em construir uma teoria geral – e levar os méritos históricos por isso⁷⁰ – do que propriamente em identificar um conceito preciso. Nessa linha ele elenca os principais propósitos da sua “teoria geral dos sistemas”⁷¹:

- 1) Há uma tendência geral no sentido da integração nas várias ciências, naturais e sociais.
- 2) Esta integração parece centralizar-se em uma teoria geral dos sistemas.
- 3) Esta teoria pode ser um importante meio para alcançar uma teoria exata nos campos não físicos da ciência.
- 4) Desenvolvendo princípios unificadores que atravessam “verticalmente” o universo das ciências individuais, esta teoria aproxima-nos da meta da unidade da ciência.
- 5) Isto pode conduzir à integração muito necessária na educação científica.”

⁶⁵ BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria geral dos sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Tradução de Francisco M. Guimarães, 3 ed.. Petrópolis, RJ Vozes, 2008.

⁶⁶ BERTALANFFY, Ludwig Von. *Op. cit.*, p. 31.

⁶⁷ BERTALANFFY, Ludwig Von. *Op. cit.*, p. 47.

⁶⁸ BERTALANFFY, Ludwig Von. *Op. cit.*, p. 62.

⁶⁹ BERTALANFFY, Ludwig Von. *Op. cit.*, p. 84.

⁷⁰ O próprio Bertalanffy alerta o leitor de sua obra para seu exagerado egocentrismo na exposição do tema, revelando ao longo do texto uma preocupação com a paternidade do discurso.

⁷¹ BERTALANFFY, Ludwig Von. *Op. cit.*, p. 63.

Interessa destacar, desde já, o quarto propósito acima enumerado, ou seja, o desenvolvimento de “*princípios unificadores que atravessam verticalmente o universo das ciências individuais*”. Aqui fica evidenciada a influência kantiana na construção da teoria geral, justamente pela identificação do “princípio unificador”.

O fato é que Bertalanffy vai além de uma visão estrutural de sistema, como fez Kant, para trabalhar com uma classificação dos sistemas, servindo de base para a construção de outras teorias que procuram focar os sistemas em relação às suas funções e não especificamente quanto à questão conceitual.

Assim, na teoria geral apresentada por Bertalanffy, os sistemas podem ser abertos ou fechados⁷². Os sistemas denominados como “fechados” são aqueles que estão “*isolados de seu ambiente*”, ou seja, que não se comunicam com outros campos do conhecimento. Bertalanffy dá como exemplo de sistema fechado a física convencional. Já os sistemas abertos “*mantém-se em um contínuo fluxo de entrada e saída*”, sendo que os organismos vivos são apresentados como exemplos marcantes de sistemas abertos. Bertalanffy também esclarece que “*em qualquer sistema fechado o estado final é inequivocamente determinado pelas condições iniciais*”, ponderando que “*se as condições iniciais ou o processo forem alterados o estado final também será modificado*”. Já no sistema aberto “o mesmo estado final pode ser alcançado partindo de diferentes condições iniciais e por diferentes maneiras”.⁷³

Essa dicotomia “sistema aberto-sistema fechado” será explorada por diversos outros pensadores modernos da ideia de sistema, inclusive no campo do Direito, como se verá em Claus-Wilhelm Canaris, na mesma década de 60 do século XX.

7 OS SISTEMAS EM CLAUS-WILHELM CANARIS (1968)

Saindo da esfera da biologia, Claus-Wilhelm Canaris publica em 1968 sua primeira edição, em alemão, do “*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*”⁷⁴. Trata-se, assim, de importante abordagem da questão dos sistemas sob a ótica do Direito.

Canaris esclarece que devem se ter claros “*dois pontos: em primeiro lugar, o do conceito geral ou filosófico de sistema e, em segundo, o da tarefa particular que ele pode desempenhar na Ciência do Direito*”⁷⁵.

Dito isto, Canaris externa, desde o início de sua obra, a preferência pela definição de sistema dada por Kant, dizendo que “*é ainda determinante a definição clássica de Kant,*

⁷² BERTALANFFY, Ludwig Von. *Op. cit.*, p. 64 e ss.

⁷³ BERTALANFFY, Ludwig Von. *Op. cit.*, p. 65.

⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

⁷⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Op. cit.*, p. 10.

que caracterizou o sistema como ‘a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados’ ou, também, como ‘um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios’.⁷⁶

Admitido, pois, o conceito kantiano, Canaris passa a explorar a questão do papel deste conceito, concluindo que ele é o de “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”.⁷⁷

Em seguida Canaris volta a afastar os demais possíveis conceitos, ponderando que “ao atribuir-se ao conceito de sistema jurídico as tarefas acima caracterizadas, afastam-se, de antemão, da multitude dos conceitos desenvolvidos até hoje, todos aqueles que não estejam aptos a desenvolver a adequação interna e a unidade de uma ordem jurídica.”⁷⁸

Assim, Canaris entende que a questão central da definição dos sistemas não pode ser resolvida pelo chamado “sistema externo”⁷⁹ dado por Heck, o qual não visa “descobrir a unidade de sentido interior do Direito”; pelo “sistema de puros conceitos fundamentais”⁸⁰ dado por Stammler, Kelsen e Nawiasky, o qual aborda apenas “categorias puramente formais, que subjazem a ‘qualquer’ ordem jurídica ‘imaginável’, ao passo que a unidade valorativa é sempre de tipo ‘material’ e só pode realizar-se numa ordem jurídica ‘historicamente determinada’”; pelo “sistema lógico-formal”⁸¹, do qual se destacam os pensamentos de Max Weber e de Wundt, que trata o sistema apenas como lógico e não como de tipo valorativo ou axiológico; pelo “sistema como conexão de problemas”⁸², de Max Salomon ou mesmo de Fritz Von Hippel, que trata o Direito como “um somatório de problemas”, quando, em verdade, o Direito é “um somatório de soluções de problemas”, além de não apresentar uma unidade indispensável para a conexão interna⁸³; pelo “sistema como relações da vida”⁸⁴ que em verdade trata apenas do objeto do Direito; e nem, tampouco, pelo “sistema de decisões de conflitos”⁸⁵ de Heck e da “jurisprudência dos interesses”, os quais também partem da dicotomia de “sistema interno” e “sistema externo” e são “muito pouco adequados para exprimir a unidade interior e a adequação da ordem jurídica”⁸⁶.

Desta preocupação pode-se inferir que a questão central para Canaris é a identificação do sistema como tal, isto é, como adequadamente estruturado e orientado por princípios unificadores. Nesse momento de sua obra, a questão de uma possível abertura do sistema, fica em segundo plano.

⁷⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 11.

⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 23.

⁷⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 25.

⁷⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 26.

⁸⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 27.

⁸¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 28.

⁸² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 45.

⁸³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 46 e ss.

⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 53.

⁸⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 55 e ss.

⁸⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 63.

Canaris, então, volta a trabalhar com o sistema “como ordem teleológica” e “como ordem de princípios gerais do Direito”⁸⁷. Ou seja, para ele “a característica principal da ideia da unidade” é a “recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos”. E mais adiante pondera: “Não se pode determinar, de antemão, quando deva um princípio valer como ‘geral’; também aqui se trata de um critério inteiramente relativo. Para o conjunto da nossa ordem jurídica, não se poderiam considerar todos os princípios como ‘portadores de unidade’ e, com isso como sistematizadores...”⁸⁸ E finaliza, dizendo: “Assim, modifica-se a ‘generalidade’ dum princípio com a perspectiva do ponto de vista; finalmente, é sempre decisiva a questão de quais os princípios que se devem considerar constitutivos para a unidade interior do âmbito parcial em causa, de tal modo que a ordem dele seria modificada, no seu conteúdo essencial, através de uma alteração num desses princípios.”⁸⁹

O que se percebe, então, é que para Canaris é possível a presença de mais de um princípio, ou seja, a presença de “princípios constitutivos portadores de unidade”. Nesta medida, para que não se confundam os institutos, Canaris sugere o retorno aos princípios gerais do direito⁹⁰. Na essência, portanto, Canaris não se afasta de Kant (assim como Kant, Canaris insiste sempre na ideia fundante como característica essencial do sistema), apenas aperfeiçoa seu discurso, já que também trabalha teleologicamente e na presença de princípios constitutivos portadores de unidade, no plural, porém básicos (os chamados princípios gerais do direito).

Em seguida, Canaris volta a dar destaque para a questão dos sistemas abertos, analisando-os sob a ótica de um “sistema científico” e de um “sistema objetivo” (“isto é, na própria unidade da ordem jurídica”)⁹¹. Em relação ao “sistema científico”, esclarece que sua abertura representaria uma “incompleteude e a provisoriade do conhecimento científico”; já em relação ao “sistema objetivo” a abertura é vista como a “modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica”, ou seja, é aberto porque pode ser alterada a legislação e, sendo dinâmico, assume a “estrutura da historicidade”⁹².

Do que interessa para a questão sistemática, Canaris conclui com a abordagem prática da noção de sistema, merecendo destaque a opção pela “interpretação sistemática” como forma de eliminar possíveis “quebras do sistema” ou lacunas no sistema⁹³.

A interpretação sistemática no campo do Direito ainda vai sofrer novas influências, tanto da sociologia, quanto da biologia, como se verá a seguir.

⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 76.

⁸⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 79.

⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 79 e 80.

⁹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 85.

⁹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 106 e ss.

⁹² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 107 e 108.

⁹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 208 e ss..

8 OS SISTEMAS EM TALCOTT PARSONS (1971)

No campo da Sociologia o norte-americano Talcott Parsons apresenta sua concepção sistemática na obra intitulada “O Sistema das Sociedades Modernas”⁹⁴, publicada em 1971, onde trabalhou com o discurso funcionalista dos sistemas.

Parsons considerou que os “sistemas de ação” teriam quatro funções primárias, quais sejam: a manutenção de padrão, a integração, a realização de um objetivo e a adaptação⁹⁵. Mais adiante, trabalhando com uma visão de sistema aberto, ponderou quanto à possibilidade de ocorrerem “zonas de interpenetração” provocando “processos de intercâmbio entre os sistemas”⁹⁶.

Desta forma, Talcott Parsons estabeleceu que os sistemas sociais são sistemas que buscam um objetivo, acabam mantendo padrões preestabelecidos, adaptam-se ao local onde se verificam e impedem que sejam destruídos, mantendo sua integração. Na essência, como visto, não se afastou da visão kantiana de sistema, pois continuou admitindo uma ideia fundante (“busca de um objetivo”) e orientação por princípios unificadores (aqui chamados de “manutenção de padrões preestabelecidos”). De qualquer forma, como destacado acima, Parsons considerou os sistemas sociais como “sistemas abertos”, emprestando, aqui, a terminologia cunhada por Bertalanffy e passou a trabalhar na construção teórica das sociedades modernas.

Ou seja, o que se percebe é que Parsons também trabalha a partir da visão kantiana, com especial preocupação com as funções dos sistemas, mantendo a opção conclusiva pela ideia de sistemas abertos, que já era admitida em Bertalanffy.

Nessa medida, Parsons dá início ao discurso funcionalista que será igualmente explorado no campo da Biologia por Maturana e Varela e, também, no campo da Sociologia, por Niklas Luhmann⁹⁷, como se verá adiante.

⁹⁴ PARSONS, Talcott. **O Sistema das sociedades modernas**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.

⁹⁵ PARSONS, Talcott. *Op. cit.*, p. 15.

⁹⁶ PARSONS, Talcott. *Op. cit.*, p. 17.

⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **Teoria de la sociedad**. Tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara, México, 1992. p. 30.

9 OS SISTEMAS EM MATURANA E VARELLA (1985)

Como dito, mais uma vez a Biologia é quem apresenta discursos de construção sistemática. Assim, depois de Bertalanffy é a vez dos chilenos Maturana e Varela (professor e discípulo), darem vazão, já na década de 1980 (a primeira edição – não comercial – é de 1985⁹⁸), a uma apresentação conceitual de sistema.

Os autores desenvolvem seu raciocínio na busca do que definiria os seres vivos e, assim, trabalham com o conceito de “organização autopoietica”⁹⁹, ou seja, a capacidade dos seres vivos de “produzirem de modo contínuo a si próprios”. Assim, para usar as palavras de Maturana e Varela, “o mecanismo que faz dos seres vivos sistemas autônomos, é a autopoiese, que os caracteriza como tal”¹⁰⁰. Desta forma, Maturana e Varela, admitindo que não podem “fornecer uma lista que caracterize o ser vivo”, optam por “propor um sistema que, ao funcionar, gere toda a sua fenomenologia”.¹⁰¹ Assim, a função autopoietica é que caracterizaria o sistema.

A partir desta concepção é que Maturana e Varela, então, ampliam sua conclusão ponderando que “o fato de que os seres vivos têm uma organização não é exclusivo deles, mas sim comum a todas as coisas que podem ser investigadas como sistemas”¹⁰².

O interessante é deixar destacado, como fazem Maturana e Varela, que “o aparecimento de unidades autopoieticas sobre a superfície da Terra delimita um marco na história do nosso sistema solar. É preciso que isso seja bem compreendido. A formação de uma unidade determina sempre uma série de fenômenos associados às características que a definem”¹⁰³.

A sugestão de novo paradigma para a questão dos sistemas biológicos, pautado pela visão de autopoiese, servirá de base para uma revisão da questão funcional dos sistemas, operada no campo da Sociologia por Niklas Luhmann.

⁹⁸ MARIOTTI, Humberto. Prefácio. In MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001. p. 13.

⁹⁹ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin, São Paulo: Palas Athena, 2001. p. 52.

¹⁰⁰ MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J., *Op. cit.*, p. 56.

¹⁰¹ MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J., *Op. cit.*, p. 56.

¹⁰² MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J., *Op. cit.*, p. 56 e 57.

¹⁰³ MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J., *Op. cit.*, p. 59.

10 OS SISTEMAS EM NIKLAS LUHMANN (1984)

Conforme destacado, valendo-se da visão autopoietica de Maturana e Varela¹⁰⁴, Niklas Luhmann vai desenvolver um conceito de “sistema social” para analisar as “organizações” como sistemas complexos, compostos essencialmente de decisões que geram seus próprios elementos, representados por novas decisões.

Luhmann não ignora a dificuldade conceitual a respeito do que se entenda por “sistema” e, já no início de sua exposição do tema, pondera que *“em geral, pode-se falar de sistema quando se tem diante dos olhos características tais que, se forem suprimidas, poriam em xeque o caráter de objeto de tal sistema”*¹⁰⁵.

Mesmo assim, Luhmann procede à análise a respeito do conceito de “organização”, baseado também na Teoria Geral dos Sistemas de Bertalanffy¹⁰⁶. Enfim, ele culmina por diferenciar “sistema” e “entorno” (ambiente), dizendo

*Tanto as condições de utilização, como também a eleição dentro do âmbito das decisões utilizáveis, são influenciadas por decisões organizacionais e resultam diferentes de acordo com a forma e história organizacionais. A organização compensa, assim, um déficit lógico de racionalidade nas decisões que são, em último termo, reduzidas à diferença entre sistema e entorno.*¹⁰⁷

Assim, Luhmann esclarece que *“sistema e entorno, enquanto constituem as duas partes de uma forma, podem sem dúvida existir separadamente, porém não podem existir, respectivamente, um sem o outro.”*¹⁰⁸

Mais adiante Luhmann pondera a respeito do sistema complexo, esclarecendo que *“se pode caracterizar um sistema como complexo, quando ele é tão grande, quer dizer, quando inclui tantos elementos, que já não se pode combinar cada elemento com cada um dos outros, e assim as relações devem produzir-se seletivamente.”*¹⁰⁹

Nessa linha de pensamento é que Luhmann busca outra visão de sistema que possa ser aplicada para a definição de “Sistema Social”, dada a natural complexidade que as sociedades representam. Percebe-se, portanto, uma necessidade de fugir do convencional conceito de “sistema” para identificar um conceito capaz de lidar com a “complexidade organizada”.¹¹⁰ Assim, justamente por conta dessa complexidade é que a sociedade vai precisar, cada vez mais, de subsistemas, a exemplo do Direito.

¹⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **Teoria de la sociedad**. Tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara, México, 1992. p. 39.

¹⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 27 e 28. Tradução livre do autor.

¹⁰⁶ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. p. 31.

¹⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **Organización y decision**: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Tradução para o espanhol de Dario Rodriguez Mansilla, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, p. 06 e 07. Tradução livre do autor.

¹⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **Teoria de la sociedad**. p. 37.

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **Organización y decision**: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo., p. 14.

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. **Teoria de la sociedad**, p. 31.

Desta forma, Luhmann também considera o chamado “sistema jurídico” como integrante (como parte da engrenagem) do “sistema social”. O direito atua como uma estrutura social, ou nas palavras de Leonel Severo Rocha: *“O direito, para Luhmann, embora visto como uma estrutura, é dinâmico devido à permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo.”*¹¹¹

Essa interessante visão de sistema servirá, inclusive e como destacado no início, de base para novos discursos funcionais no Direito Penal, particularmente com Jakobs¹¹² (que adota uma visão de sistema fechado, autopoietico) e Roxin¹¹³ (que prefere um sistema aberto, comunicante com a política criminal).

11 A VISÃO SISTEMÁTICA PREFERENCIAL PARA O ESTUDO E DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO DO PROCESSO PENAL

De todas essas variadas utilizações da ideia de sistema, no entanto, volta-se aqui, mais uma vez, para o seu plano conceitual, para dar preferência ao conceito filosófico kantiano de sistema, o qual, como visto, continua sendo o paradigma de todo e qualquer discurso que se desenvolva na matéria e que se entende como mais preciso e o que melhor se aproxima de sua essência, servindo de base para a análise histórico-jurídica dos regramentos processuais penais do passado e do presente.

É claro que toda visão reducionista pode implicar em alguma dificuldade de enxergar além de sua própria redução, mas, para o ponto de partida de orientação do conjunto de regras entende-se que não há como escapar dela.

Aliás, aqui, a redução conceitual é fundamental e, ainda que se possa identificar características outras que complementam os sistemas e mesmo que se autorreproduzem para emprestar a preocupação de Luhmann, impende-se orientar o pensamento por uma linha mestra sólida e irrenunciável.

Portanto, a noção de “sistema” deve ser compreendida a partir da existência de uma ideia fundante e dos referidos “princípios unificadores” que venham a interligar determinado conjunto de regras comuns; uma forma de enxergar as regras como pertencentes a um todo e de interpretá-las de maneira não excludente, mas principiologicamente orientadas de forma unitária.

¹¹¹ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 32.

¹¹² JAKOBS, Günter. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari; colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹¹³ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

De outra sorte, ao mesmo tempo em que o sistema deve ser estruturado de forma unitária e concatenada, não é possível esquecer o grau de complexidade atingido pela sociedade, dentro do qual o sistema poderá vir a ser modificado. Assim, aproveitando a precisa observação de Leonel Severo Rocha, é possível admitir-se que *“um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente, ‘operativamente fechado’ para manter a sua unidade e ‘cognitivamente aberto’ para poder observar a sua diferença constitutiva.”*

Tem-se, portanto, os sistemas processuais penais como sistemas “operativamente fechados”, mas “cognitivamente abertos”, implicando em constantes revisões estruturais. Ou, como prefere Luhmann, tem-se mesmo um sistema autopoietico, que se retroalimenta, mas é aberto e fechado ao mesmo tempo. Mais uma vez é oportuna a análise apontada por Leonel Severo Rocha¹¹⁴:

Assim, a ideia de autopoiese surge como uma necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado. É um sistema que não é fechado nem aberto. Por que? Porque um sistema fechado é impossível, não pode haver um sistema que se autorreproduza somente nele mesmo. E um sistema aberto seria só para manter a ideia de sistema. Se falamos em sistema aberto, já nem falamos mais em sistema, podemos falar de outra coisa. Então o sistema fechado não é possível, o sistema aberto é inútil. Há, aqui, então, a proposta de que, existindo um critério de repetição e diferença simultânea, temos uma ideia de autopoiese.

Do que já se disse até aqui é possível concluir que é a partir do conceito kantiano que passarão a ser analisados os “sistemas” processuais penais, sem se descurar de sua visão autopoietica e, por paradoxal que seja, permitindo, simultaneamente, aberturas que provocarão modificações no futuro.

12 CONCLUSÃO: A FALTA DE CIENTIFICIDADE NO ESTUDO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Como se pôde observar, a noção de sistema somente ganha a dimensão que se tem hoje, a partir do pensamento kantiano, elaborado a partir do ano 1781. Antes disso, desde a Grécia antiga, passando pelo período imperial romano e durante toda a Idade Média, quando se falava em “sistema” o melhor que se conseguia era aproximar-se da visão de “organização”.

Ou seja, antes de Kant não é possível afirmar que a humanidade possa ter tido uma compreensão sistemática e, por conseguinte, possa ter construído um sistema processual penal *a priori*, partindo de uma ideia fundante e orientado por princípios unificadores.

¹¹⁴ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Op. cit.*, p. 38.

As diversas teorias a respeito dos sistemas, desenvolvidas a partir de Kant, como visto, não abandonaram sua visão conceitual, admitida até hoje, pelo menos, como o ponto de partida.

Ignorando esse histórico desapego científico, a maior parte da doutrina de processo penal – tanto a nacional quanto a estrangeira – traça alguma análise quanto à questão dos sistemas de processo penal.

Dos doutrinadores de processo civil, destaca-se a abordagem de Hugo Alsina¹¹⁵, renomado processualista argentino, que se preocupou com uma definição de sistemas para o processo (genericamente, civil ou penal), estabelecendo diversos critérios para os “sistemas processuais”, a exemplo da iniciativa da acusação, da prova ser tarifada ou não, do julgamento ser popular ou não, enfim, trabalhando com as clássicas características dos diversos modelos de processo ao longo da história.

Porém, normalmente esse tema é tratado pela doutrina em geral de forma superficial e não pode ser considerado como verdadeiro estudo dos sistemas. Em alguns casos, particularmente na doutrina nacional, as abordagens parecem meras cópias do que algum doutrinador ousou definir no passado.

Um exercício interessante é observar que muitos doutrinadores – mesmo estrangeiros – sequer citam suas fontes de pesquisa em notas de rodapé, desenvolvendo o assunto como se fossem autodidatas e tivessem sido os criadores do pensamento ali desenvolvido.

De outro lado, aqueles que são mais fiéis cientificamente, vão remetendo a consultas feitas por outros doutrinadores, que por sua vez remetem a outros tantos, em linha que deve ser considerada encerrada em determinado pensador originário da visão dicotômica dos sistemas em “acusatório versus inquisitório”.

Assim, fazendo uma pesquisa retroativa na doutrina, buscando-se as fontes mais antigas usadas para legitimação dos discursos doutrinários construtivos da dúplice ideia de sistemas processuais penais (acusatório e inquisitório), chega-se a Alberto Gandino em seu *Tractatus de maleficiis*, escrito ainda no século XIII (1299) e modernamente citado por Vincenzo Manzini¹¹⁶ e por Franco Cordero¹¹⁷. Segundo informa Cordero, Gandino propõe a seguinte indagação: “*O que é a acusação e quando o acusador é necessário?*” e, em seguida, “*expõe a forma como se julgam os delitos por inquisição*”¹¹⁸. Ou seja, identifica duas formas de início do processo, mas não chega a trabalhar com uma visão sistemática diferenciada entre os dois modelos processuais.

¹¹⁵ ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**, 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1963. parte2, p. 99.

¹¹⁶ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 1996, v.1, p. 17.

¹¹⁷ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tradução para o espanhol de Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. v.1, p. 21.

¹¹⁸ Segundo CORDERO, Franco. *Op. cit.*, p. 21.

Manzini também cita, dentre inúmeros outros autores medievais de processo penal, a Bonicontrò (também conhecido como Boniconti, ou Bonincontrò de Boattieri ou Bonicontius¹¹⁹), autor do *Tractatus aureus de accusationibus et inquisitionibus*.

Outra referência histórica é o artigo de Angelo Gambiglioni, publicado no *Angelus Aretinus de Maleficiis*, em 1555, de onde se extrai a famosa síntese: *inquisitio est magis favorabilis ad reprimendum delicta quam accusatio* (“a inquirição é mais favorável para reprimir delitos do que a acusação”)¹²⁰.

Já Mirjan Damaska¹²¹ indica como fonte primária de contraponto entre os dois processos, o artigo de Aemilius Ludovicus Hombergk zu Vach, intitulado *De diversa indole processus inquisitorii et accusatorii*¹²², escrito em 1754 e publicado nos *Analecta Iuris Criminalis*, aos cuidados de Joannis Friederich Plitt, em 1786¹²³.

Nesse artigo Hombergk zu Vach traça as diferenças entre os dois modelos de processo, mas também não chega a referir à ideia de serem “sistemas” antagônicos entre si.

As notas de rodapé do artigo de Hombergk zu Vach, que indicam as fontes de sua pesquisa, remetem o leitor à obra de Christian Thomasius, intitulada *De crimina magiae. De origine et progressu processus inquisitorii contra sagas*¹²⁴, publicada em 1711.

Como se sabe, Christian Thomasius já havia publicado outros artigos preliminares em 1697, intitulados “A heresia é um crime punível?” e “Sobre o crime de bruxaria”, posteriormente compilados no “Ensaio sobre a Igreja, o Estado e a Política”¹²⁵.

Sucede que, de todos os textos referidos, não se identifica a presença de uma visão sistemática a respeito dos dois modelos de processo (acusatório e inquisitório).

Seja como for, pode-se dizer que ao longo dos séculos – em particular a partir do século XIII, a doutrina em geral limitou-se a repetir a dicotomia entre um modelo processual de iniciativa externa ao julgador e outro modelo de iniciativa *ex officio* do magistrado.

Acontece que, como visto acima, a noção precisa e científica de sistema sequer existia ao longo destes séculos e, somente com Kant, em 1781, ou seja, dezessete anos depois de Hombergk zu Vach ter escrito seu artigo, é que a precisão terminológica se constrói.

¹¹⁹ A grafia oscila dependendo da fonte pesquisada. O ano da publicação também não é preciso. Em pesquisa na internet, no site da Catholic University of America, aponta-se a morte do autor em 1380. Disponível em: <www.faculty.cua.edu/pennington/1298A-B.html>, acesso em 24 de abr. de 2009.

¹²⁰ Referido por LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1989, p. 24.

¹²¹ DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a Comparative Approach to the Legal Process**. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 03.

¹²² VACH, Ludovicus Hombergk zu, **De diversa indole processus inquisitorii et accusatorii**. In PLITT, Joannis Friederich. *Analecta Iuris Criminalis*, Hanoviae, 1786, pp. 365-404.

¹²³ PLITT, Joannis Friederich. **Analecta Iuris Criminalis**, Hanoviae, 1786.

¹²⁴ THOMASIIUS, Christian. **De crimina magiae. De origine et progressu processus inquisitorii contra sagas**, Ed. Rolf Lieberwirth, Hermann Böhlhaus Nachfolger, Wermar: 1967, in (Bibliotheca Augustana). Disponível em: <www.hs-augsburg.de>, acesso em 31 de mar. de 2009.

¹²⁵ THOMASIIUS, Christian. **Essays on church, state, and politics**. Tradução para o inglês de Ian Hunter, Thomas Ahnert e Frank Grunert, Indianapolis, EUA: Liberty Fund, 2007. Tradução livre do autor.

Uma marcante obra de processo penal que se identifica após a construção do pensamento kantiano e que servirá de referência a diversos outros autores de renome (como, por exemplo, Mittermayer e seu famoso “Tratado da Prova em Matéria Criminal”¹²⁶, escrito em 1848 e também Giovanni Leone, já no ano de 1961¹²⁷) é a de Giovanni Carmignani, intitulada “*Teoria delle leggi della sicuritezza sociale*”, escrita em 1832¹²⁸.

Carmignani também manteve o discurso preexistente de dúplice visão de processos (acusatório e inquisitório), traçando aspectos distintivos históricos, mas não chegou a valer-se da ideia de sistema para essa construção teórica. Dos diversos trechos onde Carmignani aborda a distinção, destaca-se, pela síntese, o seguinte:

É, então, na índole do espírito humano, e é coerente à diversidade dos métodos de pesquisar ou de demonstrar uma verdade, a distinção do processo “accusatorio”, assim chamado porque o acusador é quem o move e adere, e o processo “quesitório” ou “investigatório”, assim chamado porque o juiz, com base em fundamentos prováveis, institui de ofício a pesquisa da verdade, ou do falso nas notícias que conhece...¹²⁹

Depois de Carmignani a fonte de pesquisa da doutrina do século XX passa a ser Enrico Pessina (1868), seguidamente citado como referência. É precisamente no texto de Pessina, que se percebe a adoção da palavra “sistema” como a designar os “modelos” antigos de iniciativa procedimental (inquisitório e acusatório). Das obras de Pessina, para exemplificar o emprego da palavra “sistema” se extrai a seguinte passagem¹³⁰:

O Pontífice Gregório XVI, não obstante o “Regulamento de Processo” de 1831 conservasse tenazmente o sistema dos processos inquisitórios e secretos, sem se dar conta dos progressos científicos e práticos do procedimento penal, mesmo com o “Regulamento dos delitos e das penas” de 1832 trazendo vantagem do código penal francês e dos códigos penais dos Estados da Itália.

E, mais adiante, utiliza novamente a palavra “sistema”, fazendo-o no sentido não preciso e técnico, mas como facilitação de compreensão da análise que faz do Código da Ilha de Malta, de 1847, dizendo¹³¹:

¹²⁶ MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução para o francês de C.A. Alexandre e para o português de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997. p. 33.

¹²⁷ LEONE, Giovanni. *Op. cit.*, p. 22 e ss..

¹²⁸ CARMIGNANI, Giovanni. **Teoria delle leggi della sicuritezza sociale**, Pisa: Fratelli Nistri, 1832. Tradução livre do autor.

¹²⁹ CARMIGNANI, Giovanni. *Op. cit.*, p. 32. Tradução livre do autor.

¹³⁰ PESSINA, Enrico. **Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX**. Firenze: Stabilimento Civelli, 1868. p. 06 e 07. Tradução livre do autor.

¹³¹ PESSINA, Enrico. *Op. cit.*, p. 84 e 85. Tradução livre do autor.

Mas aquilo que dá uma grande importância a este código e faz dele um dos melhores monumentos legislativos é o procedimento judiciário, fundado sob o sistema inglês, com modificações que o aproximam do sistema escocês de juízo definitivo, e às regras dos códigos italianos sobre a instrução das provas. O procedimento não é puramente acusatório, mas misto, estabelecendo o instituto do Ministério Público e a instrução nos crimes graves. Mas o processo acusatório é de todo separado do instrutório, porque nos atos de instrução o advogado da Coroa não tem qualquer espécie de ingerência. O exercício do seu poder começa quando os atos lhe são transmitidos pelo poder instrutório.

Ao que se extrai da pesquisa, parece mesmo ser Enrico Pessina aquele que adota, não tecnicamente, a referência a sistemas de processo penal.

Em seguida a Pessina, já no ano de 1875, encontra-se outro autor seguidamente referido como fonte da doutrina moderna de processo penal. Trata-se de Francesco Carrara, com seu famoso Programa de Direito Criminal, também escrito na Itália. No volume II, da Parte Geral do Programa, Carrara estabelece os critérios definidores do “sistema” acusatório, dizendo¹³²:

As características especiais desta forma são:

- 1ª) A plena publicidade de todo o procedimento.
- 2ª) A liberdade pessoal do acusado, até a condenação definitiva.
- 3ª) A igualdade absoluta de direitos e de poderes entre o acusador e o acusado.
- 4ª) A passividade do juiz ao recolher provas, sejam para incriminar ou para absolver (“carico” ou “discarico”).
- 5ª) A continuidade dos atos.
- 6ª) A síntese em todo o procedimento.

Este sistema apresenta, em grau máximo, as garantias da liberdade civil aos acusados, porém deixa em grave perigo a tutela do direito dos cidadãos, e não é possível a não ser num povo eminentemente educado às virtudes cidadãs.”

O mesmo Carrara, ao tratar do sistema inquisitório, assim se manifestou¹³³:

Porém, as primeiras bases do processo inquisitivo, como forma “ordinária”, foram postas por Diocleciano; tendo predominado depois junto aos imperadores do Oriente, recebeu no século XII, o seu definitivo ordenamento sistematizado por Bonifácio VIII..

E, como havia feito antes com o modelo acusatório, estabelece também os critérios definidores do sistema inquisitório¹³⁴:

¹³² CARRARA, Francesco. **Programma del corso di diritto criminale**: parte generale. 9. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1902. v. 2 p. 299 e ss..

¹³³ CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 301 e ss., Tradução livre do autor.

¹³⁴ CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 305 e ss., Tradução livre do autor.

“As características do processo inquisitivo são:

- 1ª) Concurso de denunciadores secretos, que informem o magistrado investigador a respeito dos delitos e dos delinquentes por eles descobertos.
- 2ª) Direção das provas ao pleno arbítrio do juiz.
- 3ª) Instrução escrita, desde o princípio até o fim, e também defesa escrita.
- 4ª) Procedimento constantemente secreto, não somente com respeito aos cidadãos, senão também com respeito ao processado, em cuja presença nada se faz, fora, excepcionalmente, da “confrontatio”, e a quem não se comunica o processo enquanto não esteja terminado e em estado de ser transmitido.
- 5ª) Encarceramento preventivo do processado, e sua absoluta segregação de todo contato com outras pessoas, até o momento da defesa.
- 6ª) Interrupção de atos, como também formulação da sentença à exclusiva vontade do juiz.
- 7ª) ordem analítica até que ocorra a transmissão da inquirição especial.”

Não é demais registrar que Carrara também se vale, dentre outros, das obras de Christian Thomasius (de 1711) e de Mittermaier (1848) como fonte de pesquisa para a construção do sistema inquisitório¹³⁵.

Assim, ao que consta, a doutrina de processo penal, sempre fundada em visões históricas do passado e com forte base de pesquisa particularmente nas obras de Carmignani, Pessina e Carrara, passa, de forma mais incisiva, a partir do século XIX, a referir-se aos “modelos de iniciativa processual” (do juiz ou do acusador) como se sistemas fossem.

Ou seja, não obstante a ideia de sistema tenha evoluído e atingido seu ápice científico e conceitual a partir da filosofia kantiana (1781), fica evidente uma despreocupação técnico-científica no campo do processo penal, com o emprego da palavra “sistema” pela grande maioria da doutrina desde então.

Essa visão doutrinária do século XIX em diante é consagrada pela repetição de que teriam sido construídos dois “sistemas” de processo penal, em particular a partir do século XIII (e não dois, ou até mais, “modelos de iniciativa processual”). É desta forma que a doutrina chega aos dias de hoje acreditando que os “sistemas” sejam modelos ideais, pensados e preconcebidos como tais, basicamente limitando-os à dupla: acusatório *versus* inquisitório.

Para legitimar o discurso, particularmente a partir da obra de Carrara, acima referida, escrita em 1875, alguns autores chegam a copiar os modelos de Carrara, “juntando as

¹³⁵ CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 302.

peças” de diversas épocas apresentando-as unificadas, em quadros comparativos estanques dos dois “sistemas” ideais de processo penal¹³⁶, como se tivessem sido pensadas a *priori* naqueles termos.

O problema, então, é que na maioria dos casos, essa “doutrina de repetição” tende a basear sua fala na pesquisa alheia, nem sempre precisa, nem sempre calcada em critérios científicos claros ou mesmo em pesquisa científica baseada em fontes primárias e, sobretudo, seguramente dissociada da precisão científica kantiana a respeito do que seja um “sistema”.

Essas análises doutrinárias invariavelmente se servem de uma retrospectiva histórica das regras processuais ao longo da história da humanidade, para, com os olhos do século XIX em diante, buscar sistemas ideais, acreditando que eles tenham sido deliberadamente construídos com esse propósito no passado.

No entanto, o que não se pode perder de mente é que a análise histórica das regras de uma sociedade, em determinada época, acaba confundindo o intérprete na identificação dos pretendidos sistemas processuais penais, notadamente por ignorar o básico, isto é, a ausência de uma visão realmente sistêmica na Idade Média. É como diz Gregorio Robles, *“as flutuações doutrinárias possibilitam zonas do sistema mais ou menos claras ou mais ou menos difusas, e até mesmo algumas sobre as quais não se pode obter um mínimo de consenso”*¹³⁷.

Aliás, a própria investigação histórica de regras passadas, necessariamente faz com que o intérprete acabe imprimindo nuances próprias ou mesmo do presente em sua releitura. Ou, ainda, como alerta Pietro Costa: *“o texto não encerra um e somente um significado. O texto é muito mais um cruzamento de possibilidades semânticas, tão mais amplo quanto mais sua tessitura é rica e complexa. O texto não exhibe ‘sozinho’ seu significado: o significado é produzido, mais do que descoberto, pelo leitor. (...) O intérprete, e portanto o historiador, não é um quadro negro sobre o qual imprimem-se textos. Os textos dizem alguma coisa na medida em que são decifrados e estimulados por um intérprete que intervém no processo interpretativo com todo o peso de sua personalidade”*¹³⁸.

Assim, com o cuidado necessário para minimizar influências outras na análise de textos históricos – particularmente doutrinas que revelam repetição irrefletida de ideias alheias – e sempre preocupado em não perder o foco metodológico (conceito filosófico kantiano de sistema) é que se deve refletir sobre a identificação dos sistemas processuais penais classicamente admitidos como válidos pela doutrina majoritária.

¹³⁶ A exemplo de BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981.

¹³⁷ ROBLES, Gregorio. **O Direito como texto**: Quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Tradução de Roberto Barbosa Alves, Barueri (SP): Manole, 2005. p. 07.

¹³⁸ COSTA, Pietro. **O Conhecimento do passado**: dilemas e instrumentos da historiografia. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá. 2007. p. 11-12.

Desta forma, muito embora se possa visualizar no curso da história, aqui ou ali, características mais ou menos uniformes de regras processuais penais, nem por isso (ou melhor, não apenas por isso) se estará diante deste ou daquele sistema. O problema, por outro lado, reside na dificuldade de identificação de uma visão realmente sistemática, bem como das ideias fundantes, ou, ainda, destes reais princípios unificadores, evitando “armadilhas” prontas.

Ou seja, muitos autores de processo penal confundem características de época, que até poderiam ser levadas em conta no plano secundário, justamente, e com o perdão da redundância, apenas como “característica de época de determinado modelo de processo”, mas que, no fundo, não constituem, elas próprias, um sistema processual penal.

O desapego pelas fontes primárias, ou mesmo a equivocada seleção de uma inexistente ideia fundante e/ou dos princípios unificadores dos sistemas – o que, repita-se, é feito a *posteriori* pela doutrina, também conduz a equívocos conclusivos que guardam acolhida noutros autores e, pela repetição, tendem a ganhar ares de veracidade.

Disso resulta a necessidade de uma revisitação histórica da noção de sistema para permitir uma mudança paradigmática neste importante tema de processo penal, quem sabe abandonando a dúplice visão empiricamente elaborada, de todo inexistente como modelos ideais, para, com os olhos no presente, permitir uma construção de um verdadeiro sistema processual penal, agora sim a *priori*, a partir de uma ideia fundante e orientado por princípios unificadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**: parte geral. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1963.

ARANTES, José Tadeu. **Bacon e Newton**: em busca da alma do mundo. São Paulo: Terceiro Nome: Mostarda, 2005.

BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981.

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria geral dos sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Tradução de Francisco M. Guimarães, 3 ed.. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

BRUNO, Giordano. **Tratado da magia**. Tradução, introdução e notas de Rui Tavares. São Paulo: Martins, 2008.

BÜLOW, Oskar Von. **A Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

CAMPANELLA, Tommaso. **A cidade do sol**. Tradução de Heloísa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro, 2 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CAPPELLINI, Paolo. **Sistema jurídico e codificação**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.
- CARMIGNANI, Giovanni. **Teoria delle leggi della sicuritezza sociale**. Pisa: Fratelli Nistri, 1832.
- CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno, Campinas: Bookseller, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. **Princípios do processo penal** (direito processual civil e penal). Tradução de Júlia Jimenes Amador, Campinas: Peritas, 2001, v.2.
- CARRARA, Francesco. **Programma del Corso di Diritto Criminale**: parte generale, v. 2, 9. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1902, v.2.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **A Ação no sistema dos direitos**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2003.
- COLUCCI, Maria da Glória. **Fundamentos de teoria geral do direito e do processo**. 3. ed. Curitiba: JM Editora, 2003.
- CONNOR, James A. **A Bruxa de Kepler**: a descoberta da ordem cósmica. por um astrônomo em meio a guerras religiosas, intrigas políticas e o julgamento por heresia de sua mãe. Tradução de Talita M. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.
- COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. São Paulo: Mestre Jou, 1974.
- CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tradução para o espanhol de Jorge Guerrero, Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, v. 1.
- COSTA, Pietro. **O Conhecimento do passado**: dilemas e instrumentos da historiografia. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, Curitiba: Juruá, 1989.
- DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven, London: Yale University Press, 1986.
- DAVID, René. **Os grandes distemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DE BONI, Luis Alberto. **Escritos seletos de Martinho Lutero, Tomás Müntzer e João Calvino**. Tradução de Ilson Kayser, et al. Petrópolis: Vozes, 2000.
- DELUMEAU, Jean. **O pecado e o medo**: A culpabilização no Ocidente (Séculos 13-18). Tradução de Álvaro Lorencini. Bauru, SP: EDUSC, 2003, v. 2.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O conceito de sistema no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Tradução de Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

- IHERING, Rudolf Von. **É o direito uma ciência?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.
- JAKOBS, Günter. **Fundamentos do direito penal.** Tradução de André Luís Callegari; colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- JAPIASSU, Hilton. **Galileu: o Mártir da Ciência Moderna,** São Paulo: Letras & Letras, 2003.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Tradução de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2006.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Tradução de Valério Rohden, (Os Pensadores). São Paulo: Ed. Abril, 1974.
- KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita.** Organização Ricardo R. Terra. Tradução de Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- KANT, Immanuel. **Manual dos cursos de lógica geral.** Tradução de Fausto Castilho. 2. ed., Campinas, SP: Editora da Unicamp; Uberlândia: Edufu, 2003.
- KANT, Immanuel. **Prolegômenos.** Tradução de Tânia Maria Bernkopf. Coleção Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, São Paulo: Perspectiva, 2007.
- LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal.** Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1989, v. 1.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão.** Traduzido por José Higino Duarte Pereira, Campinas: Russell Editores, 2003, v. 1.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito.** Das Origens à Escola Histórica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 1.
- LUHMANN, Niklas. **Organización y decision:** autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Tradução para o espanhol de Dario Rodriguez Mansilla, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1997.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales.** Lineamientos para una teoría general. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontifícia Universidad Javeriana, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Teoria de la sociedad.** Tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, Guadalajara, México, 1992.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal.** Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín, Buenos Aires: Librería "El Foro", 1996, v.1.
- MARIOTTI, Humberto. Prefácio. In: MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento:** as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin, São Paulo: Pallas Athena, 2001.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento:** as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin, São Paulo: Pallas Athena, 2001.

- MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução para o francês de C.A. Alexandre e para o português de Herbert Wüntzel Heinrich, Campinas: Bookseller, 1997.
- PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.
- PESSINA, Enrico. **Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX**. Firenze: Stabilimento Civelli, 1868.
- PLITT, Joannis Friederich. **Analecta iuris criminalis**, Hannover: Waysenhaus, 1786.
- ROBLES, Gregorio. **O direito como texto: quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito**. Tradução de Roberto Barbosa Alves, Barueri, São Paulo: Manole, 2005.
- ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROTTERDAM, Erasmo. **Elogio da loucura**. Tradução de Ana Paula Pessoa. São Paulo: Sapienza, 2005.
- ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução do alemão para o espanhol de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RUBENSTEIN, Richard. E. **Herdeiros de Aristóteles, como cristãos, muçulmanos e judeus redescobriram o saber da Antiguidade e iluminaram a Idade Média**. Tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Rocco, 2005.
- RUÍZ, Agustín Gonzáles. **Presentación**. In WOLFF, Christian. **Pensamientos racionales acerca de Dios, el mundo y el alma del hombre, así como sobre todas las cosas em general**. Tradução para o espanhol de Agustín Gonzáles Ruiz, Madrid: Ediciones Akal, 2000.
- SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de linguística geral**. 20. ed., Tradução de A. Chelini, José P. Paes e I. Blikstein, São Paulo: Cultrix, USP, 1997.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Heloísa da Graça Buratti. São Paulo: Rideel, 2005.
- SPEE VON LANGENFELD, Friedrich. **Cautio criminalis**, or a Book on Witch Trials. Traduzida para o inglês por Marcus Hellyer. Virginia: University of Virginia, 2003.
- SPINOZA, Baruch de. **Pensamentos metafísicos**. Tradução de Marilena de Souza Chauí Berlinck. (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- STRATHERN, Paul. **Spinoza em 90 minutos**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.
- THOMASIIUS, Christian. **De crimina magiae**. De origine et progressu processus inquisitorii contra sagas, Editor: Rolf Lieberwirth, Verlag H. Böhlau Nachfolger, Weimar, 1967. in Bibliotheca Augustana. Disponível em: <www.hs-augsburg.de>, acesso em 31 de mar. de 2009.
- THOMASIIUS, Christian. **Essays on church, state, and politics**, Tradução para o inglês de Ian Hunter, Thomas Ahnert e Frank Grunert, Indianapolis, EUA: Liberty Fund, 2007.

VACH, Ludovicus Hombergk zu, De diversa indole processus inquisitorii et accusatorii, In: PLITT, Joannis Friederich. **Analecta iuris criminalis**, Hannover:Warjsenhaus, 1786.

WHITE, Michael. **Galileu Anticristo**. Uma biografia. Tradução de Julián Fuks, Rio de Janeiro: Record, 2009.

WHITE, Michael. **Isaac Newton**: o Último Feiticeiro. Uma biografia. Tradução de Beatriz Medina, Rio de Janeiro: Record, 2000.

WHITE, Michael. **O Papa e o herege**: Giordano Bruno, a verdadeira história do homem que desafiou a Inquisição. Tradução de Maria Beatriz Medina, Rio de Janeiro: Record, 2003.

WINDSCHEID, Bernard; MÜTHER, Theodor. **Polémica sobre la actio**. Buenos Aires: EJE, 1974.

WOLFF, Christian. **Pensamientos racionales acerca de Dios, el mundo y el alma del hombre, así como sobre todas las cosas em general**. Tradução para o espanhol de Agustín Gonzáles Ruiz. Madrid: Ediciones Akal, 2000.

ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR; Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



O DISCURSO PENAL CONTRA O INIMIGO: O NOVO JÁ NASCE VELHO

CRIMINAL SPEECH AGAINST THE ENEMY: THE NEW WAS ALREADY BORN OLD.

Jacson Luiz Zilio*

RESUMO

O artigo faz uma crítica veemente à proposta de Direito penal do inimigo de Günther Jakobs, a partir de desmitificar suas bases teóricas, demonstrando sua afinidade com o discurso político criminal que deu apoio aos modelos punitivos mais gravosos de que padeceu a humanidade.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo – política criminal.

ABSTRACT

This article is a vehement critic of the proposed law for the enemy Günther Jakobs, from demystify its theoretical basis, demonstrating their affinity with the political discourse that gave support to criminal punitive models that suffered most detrimental to humanity.

Keywords: law for the enemy - crime policy.

* Professor de Direito Penal e Criminologia do Centro Sulamericano de Ensino Superior – CESUL de Francisco Beltrão (PR) e do Centro Universitário Positivo de Curitiba (PR). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

1

O panorama da política criminal, quer no plano interno quer no plano externo, convive, desde algum tempo, com duas posturas bem determinadas: o aumento da repressão, incentivado por movimentos de lei e ordem e motivado pela política criminal da tolerância zero, de um lado, e os programas do abolicionismo e do direito penal mínimo, de outro.¹ Na primeira perspectiva, do expansionismo penal, é possível incluir, ao lado do reforço ao combate da criminalidade tradicional típica das classes baixas, também o combate à nova criminalidade, derivada da globalização e da integração supranacional, traduzida no aumento da repressão em relação aos delitos econômicos e ambientais, impulsionada pelo discurso neoliberal de eficiência (FRIEDRICH AUGUST HAYEK) e baseada na vulneração de limites dogmáticos clássicos, tanto do direito penal como do processo penal; no outro aspecto, do reducionismo penal, são incluídos os movimentos da esquerda política moderna, que visam a contenção do poder punitivo no que se refere à criminalidade de rua, mas também o fortalecimento e a concentração do poder punitivo nas condutas da classe alta (repressão também aos delitos econômicos e ambientais).²

¹ TAVARES, Juarez. Os limites dogmáticos da cooperação penal internacional. In: TAVARES, Juarez, CERVINI, Raúl. **Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 173.

² É interessante lembrar que, não raras vezes, tanto na América Latina como na Europa, o discurso da esquerda política, também por razões evidentemente eleitorais, acaba se aliando ao conservador Movimento de Lei e Ordem, que prega o fortalecimento da punição e da prisão, com supressão de garantias penais e processuais básicas do Estado Democrático de Direito. Muito claro é o exemplo do paradoxal discurso feminista brasileiro da neocriminalização, como bem indica VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE: *“Essa demanda pelo sistema acaba por reunir o movimento de mulheres, que é um dos movimentos mais progressistas do País, com um dos movimentos mais conservadores e reacionários, que é o movimento de “Lei e ordem”. Ambos acabam paradoxalmente unidos por um elo, que é mais repressão, mais castigo, mais punição e, com isso, fortalecem as fileiras da panaceia geral que vivemos hoje em matéria de política criminal.”* (ANDRADE, Vera Regina de. **Sistema Penal Máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 117). O mesmo fenômeno aconteceu na Europa, quando a social-democracia e os partidos socialistas tomaram o poder (sul da Europa) e, logo, assumiram o discurso da segurança na sua totalidade. Confira-se o que diz JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *“A ideia fundamental da proposta se mostra bastante coerente com o que foi aludido anteriormente: deve ser realçada a segurança por meio do Direito Penal, pois ela favorece sobretudo os mais débeis; certamente – se manifesta –, enquanto os ricos habitam em bairro tranquilos com segurança privada, a delinquência das ruas ameaça principalmente as pessoas mais humildes que vivem nos bairros mais perigosos. Essa ideia de segurança (o que poderíamos denominar “ideologia de lei e ordem na versão da esquerda”) foi assumida a seu tempo diante dos meios de comunicação, expressamente, tanto pelo então Ministro do Interior do governo socialista francês, Chevènement, como pelo Ministro do Interior e Justiça britânico, o trabalhista Straw, quem, denunciando o “relativismo moral” e a “cultura” da indulgência”, se declarava, por exemplo, partidário da “tolerância zero” diante da delinquência juvenil.”* (SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 65).

É nesse contexto, de diversidade ideológica no plano político (e, logo, também jurídico, porque o Direito nada mais é do que política legislada), mas de pensamento único no plano econômico, que surge nos últimos anos o “moderno” discurso contra o inimigo, chamado “direito penal do inimigo”, com duas novidades *a priori* facilmente perceptíveis: uma negativa, consistente no ressuscitamento de antigos posicionamentos reacionários e racistas da filosofia política (CARL SCHMITT e THOMAS HOBBS), do direito penal (EDMUND MEZGER, FRANZ EXNER e, em certa medida, FRANZ VON LISZT) e da criminologia (CESARE LOMBROSO), que já se pensou estarem sepultados pela Revolução Francesa (séc. XVIII), pelo liberalismo penal do séc. XIX e, sobretudo, pelo final da Segunda Grande Guerra Mundial; uma positiva, expressada pela constatação de que, pela primeira vez, o discurso do poder punitivo não vem disfarçado, mascarado ou coberto pela sutileza da linguagem técnica, tão comum na dogmática jurídico-penal de origem alemã, de modo que agora, num grau de sinceridade nunca visto antes, é permitido conhecer efetivamente os seus reais objetivos.

Mas enquanto conceito doutrinal e político-criminal, o discurso contra o inimigo é introduzido inicialmente no ano de 1985 por GÜNTHER JAKOBS e, em que pese o desenvolvimento e refinamento posterior³, de 1999, a essência continua a mesma: uma dicotomia no programa estatal para controlar a criminalidade imposta pela (ir) racionalidade nas situações de necessidade de reforçar a vigência da norma, por meio da pena criminal, nos casos de violação pelo cidadão, de um pólo, e pela *neutralização e eliminação*, por meio de coação física (medidas de segurança), até chegar à guerra, para combater perigos, no caso de violação da norma por não-pessoas (*inimigos*), de outro pólo do mesmo mundo ou contexto jurídico penal.

As palavras do próprio JAKOBS são claras:

Portanto, o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro lado, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.⁴

³ A proposta de JAKOBS, na primeira aproximação, de 1985, é consideravelmente mais ampla, na medida em que inclui setores do chamado “direito penal da colocação em risco”, ou seja, delitos dentro da atividade econômica, ao passo que após, a partir de 1999, a orientação é no sentido dos delitos graves contra bens jurídicos individuais (leia-se, aqui, os atos terroristas). Confira-se: CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo - noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 70.

⁴ JAKOBS, Günther. **Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo**. In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Obra citada**, p. 37.

Segundo JAKOBS, a missão da pena “es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.”⁵ E continua:

Destinatarios de la norma no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ellas esperar. En esta medida la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma. Además, la pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta. En esa medida la pena se despliega para ejercitar en la fidelidad al Derecho. Al menos, sin embargo, mediante la pena se aprende la conexión de comportamiento y deber de asumir los costes, aun cuando la norma se haya infringido a pesar del que ha aprendido; en esta medida se trata de ejercitar en la aceptación de las consecuencias.⁶

Assim, segundo essa ideia, na pena criminal residiria a função de estabilização social normativa, que, por sua vez, elevaria a fidelidade jurídica e confiança da população na inquebrantabilidade do Direito. Tanto é assim que a tradicional teoria do bem jurídico, quer por *concepções monista ou dualista*, quer pela personalista, restaria sem qualquer sentido se adotados os postulados de JAKOBS, dado que o direito penal se importaria com a função protetora do mero restabelecimento da vigência da norma.⁷

O problema surge, entretanto, na violação da norma praticada pelo “autor reincidente”, pelo “delincente habitual”, pelo “delincente profissional”, pelos “integrantes de organizações criminosas” (“terroristas”, por exemplo), já que, nesses casos, por rechaçarem a legitimidade do ordenamento jurídico e lutarem por sua destruição, a aplicação da pena criminal não exercitaria a confiança na norma, uma vez que se saberia da repetição do fato, notadamente diante da especial periculosidade que portam.

Aí sim seria o caso, então, duma “medida de segurança imposta em lugar da pena”, de modo que a norma vulnerada possa se estabilizar, aumentando a probabilidade fática de que se a obedeça.

⁵ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997. p. 14.

⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. p. 18.

⁷ Em sentido contrário à concepção de JAKOBS, corretamente, pincelam FRANCISCO MUÑOZ CONDE e MERCEDES GARCÍA ARÁN: “Por eso, me parece rechazable la tesis de JAKOBS, que reduce la función protectora al mero restablecimiento de la vigencia de la norma, pues detrás de la norma siempre hay un interés o bien jurídico, a través del cual se comprende, se interpreta y se puede criticar la pretensión de vigencia de la norma. Sin esa referencia al bien jurídico, el restablecimiento de la norma como única función directa del Derecho penal es tautológica, vacía de contenido y, sobre todo, impide la crítica de la norma misma.” (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. València: Tirant to Blanch, 2002. p. 61).

Como preceitua JAKOBS, “se trata por tanto del fortalecimiento de la autoridad de la norma sólo mediante la eliminación del peligro”. E complementa: “Los intereses del autor han de evaluarse tanto menos cuanto más es responsable del peligro, de modo que en esa medida una reacción frente a un delincuente habitual que actúa culpablemente puede ser aún proporcional, pero frente a un enfermo mental no serlo ya.”⁸

Na verdade, salta evidente que por ter tal medida de segurança aplicada tempo de cumprimento indeterminado, dada a elevada periculosidade do autor inimigo e a situação de emergência latente que demandaria mais repressão para busca da segurança pública, a única função seria mesmo de *neutralização e eliminação*, num método ((i) legal e prático) de luta e guerra.

É aqui, portanto, que entraria a divisão do direito penal (duas políticas criminais diferentes), abrindo-se um discurso para o cidadão (aquele em que a pena criminal aplicada restabelece a confiança no ordenamento jurídico) e outro para o não-cidadão (aquele em que a medida de segurança substituiria a pena criminal, para, antecipadamente, eliminar os perigos e, assim, fortalecer a autoridade da norma).

As características deste novo *corpus* punitivo (que não viria sozinho e sim mesclado com outras normais penais do cidadão) concentrar-se-iam, como mostrou bem LUIS GRACIA MARTÍN, (i) na “punibilidade antecipada” para eliminar perigos (por exemplo, na punição de atos preparatórios), (ii) na “desproporcionalidade da pena” (por exemplo, agravamento da sanção pela simples presença do autor numa organização criminosa, com atividade habitual e profissional), (iii) na presença duma legislação penal aberta de clara “luta ou de combate”, (iv) na flexibilização ou desaparecimento das garantias penais liberais do Estado de Direito (por exemplo, na relativização do princípio da inocência, da legalidade, da humanidade das penas, do devido processo legal substancial, da licitude da prova, etc).⁹

⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, p. 42.

⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 07-02, p. 02:1-02:43, 2005.

Com efeito, cuida-se aparentemente duma moderna política criminal, com aval da tradição filosófica da modernidade, com reflexos certos na teoria do crime, no processo penal e na execução penal, de modo a (des)organizar um combate eficiente a “pessoas” perigosas.¹⁰

2

O fundamento legitimador do discurso do contra o inimigo ou, como queira, do “direito penal do inimigo”, nos termos dos argumentos do próprio JAKOBS, estaria concentrado basicamente nos pensamentos de ROUSSEAU, FICHTE, HOBBS e KANT.

Afirma primeiramente JAKOBS que é precursor de tal doutrina contra o inimigo a filosofia de ROUSSEAU, na medida em que defende que “qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com ele,

¹⁰ No processo de execução brasileiro, além do absurdo e inconstitucional regime integralmente fechado fixado de forma obrigatória para os condenados pelos delitos catalogados na Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), é também manifestamente derivado do direito penal do inimigo o chamado “regime disciplinar diferenciado”, instituído pela Lei 10.792/2003, que se aplica a presos provisórios ou condenados, nas hipóteses (a) de crime doloso que determine subversão a ordem ou da disciplina internas, (b) de alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade e (c) de fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 1º e 2º, da LEP). Como consequência da implementação do regime diferencial pelo Juiz, com duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção disciplinar, no caso de falta grave da mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada, é possível que o preso cumpra pena numa cela individual, com visitas semanais de 2 (duas) pessoas (mais crianças), com duração de 2 (duas horas) e saída para banho de sol, por 2 (duas) horas diárias (art. 52, I-IV, LEP). Por tal motivo, com razão o escólio de JUAREZ CIRINO DOS SANTOS quando diz que o “isolamento em cela individual por até 1 (um) ano, renovável por mais 1 (um), até o limite de 1/6 (um sexto) da pena, é inconstitucional, por várias razões: a) constitui violação da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, definido no art. 1 da Constituição Federal; b) representa instituição de pena cruel, expressamente excluída pelo art. 5º, XLVII, letra “e” da Constituição Federal; c) a indeterminação das hipóteses de aplicação do regime disciplinar diferenciado infringe o princípio da legalidade (art. 5, XXXIX, da Constituição Federal), porque subordina a aplicação da sanção disciplinar a critérios judiciais subjetivos e idiossincráticos: primeiro, é indeterminável a quantidade de alteração necessária para configurar o conceito de subversão da ordem ou da disciplina (art. 52, LEP); segundo, é indeterminável a quantidade de risco definível como alto para ordem e segurança da prisão ou da sociedade (art. 52, § 1º, LEP); terceiro, é indefinível o conceito de fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2º, LEP)” (SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Teoria da pena. fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC ; Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 77-78). No processo penal brasileiro, são conhecidas as restrições por lei ordinária às garantias processuais consagradas pela Constituição Federal, como a odiosa Lei 8.072/1990, que proibiu a concessão de liberdade provisória e o direito de recorrer em liberdade antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, para os delitos ali relacionados, bem como a Lei 9034/1995, que criou a figura do juiz-inquisitor com poderes para pessoalmente buscar e apreender documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo nas ações praticadas por organizações criminosas, em grave comprometimento do princípio da imparcialidade e do devido processo legal, que felizmente acabou sendo declarada inconstitucional nesta parte pelo STF (STF, ADI 1570. Rel. MAURÍCIO CORREA. DJ de 22/10/2004).

como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”.¹¹

Por outro lado, também atribui certa responsabilidade a FICHTE, pois que ele teria sustentado ainda que, entre outras coisas, “quem abandona o contrato cidadão em um ponto que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”, de modo que “a execução do criminoso não é uma pena, mas só instrumento de segurança”.¹²

Todavia, analisando os argumentos expendidos pelo próprio JAKOBS, vê-se que o discurso se amolda mais a HOBBS e a KANT, bem como, em certo ponto e ideologicamente (ideologia como uma forma de ocultar a realidade), a CARL SCHMITT.

JAKOBS diz que HOBBS era mais do que um filósofo do contrato social porque pensava nas “instituições”.

Isso porque HOBBS incluía o criminoso dentro da esfera do Direito, mantendo o seu status de cidadão e de súdito, que não poderia ser alterado por ato voluntário dele, com uma única exceção expressamente ressaltada: “quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição”, “pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado da natureza” e, portanto, “aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos”.¹³

Num outro ponto nodal, da passagem do estado de natureza ao estado estatal, é que entraria a doutrina de KANT, quando afirma que:

toda pessoa está autorizada a obrigar a qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã”, mas “aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva...[da] segurança [necessária], e lesiona, já por esse estado, aquele que está ao meu lado, embora não de maneira ativa (ato), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (statu iniusto), que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança.”¹⁴

Talvez seja por isso que JAKOBS fala que tanto HOBBS quanto KANT “conhecem um Direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa. O Direito penal do cidadão é Direito também

¹¹ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. Obra citada, p. 26.

¹² JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. Obra citada, p. 26.

¹³ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. Obra citada, p. 27.

¹⁴ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. Obra citada, p. 28.

no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente aos indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica”.¹⁵

Pelo que se vê, dessarte, é fulcrado nessa base oriunda da filosofia política histórica que retira do delinquente o status de cidadão ou a condição de pessoa (muito mais que no funcionalismo sistêmico de NIKLAS LUHMANN), que o penalista alemão JAKOBS aduz, para concluir, que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E que o estado de natureza é um estado de ausência de normas, isto é, de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação”.¹⁶

De fato, a influência dos autores citados no pensamento do direito penal contra o inimigo é inegável. Contudo, muito mais forte ainda que qualquer outro pensamento filosófico ou político é a presença de HOBBS e, bem no fundo, mesmo que encoberto pela fineza da linguagem técnica, aparece também CARL SCHMITT.

Em primeiro lugar, porque parte da ideia de HOBBS de que, no estado de natureza ou de condição de vida, as pessoas vivem isoladas e em constante luta, numa espécie de guerra de todos contra todos (homem lobo do homem). Isso afirma categoricamente HOBBS: “não pode ser negado que o estado natural dos homens, antes de ingressarem em sociedade, era um estado de guerra e não uma guerra qualquer, mas sim uma guerra de todos contra todos”.¹⁷ Parte-se, aqui, da ideia do medo mútuo, de mútua vontade de se ferirem, de que “todos os homens no Estado de natureza tem desejo e vontade de ferir”.¹⁸ Há claro medo principalmente da morte, que não cessa, porquanto a única lei é a força do mais forte, que pode tudo quanto tenha força para conquistar e conservar. No estado de natureza de HOBBS (que é o estado de sociedade de ROUSSEAU), há uma clara percepção do social como luta entre fracos e fortes, vigorando o poder da força ou da vontade do mais forte, donde reinam a insegurança, a luta, o medo e a morte.

Note-se, de outra banda, a total coincidência de pensamentos entre HOBBS e JAKOBS, no que se refere ao combate prévio ao inimigo e ao uso preventivo do castigo.

¹⁵ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. Obra citada, p. 29.

¹⁶ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. Obra citada, p. 36.

¹⁷ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 37.

¹⁸ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**, p. 33.

Mais uma vez HOBBS:

São necessárias duas coisas para a defesa do povo: estar previamente prevenido e armado. Pois se considerarmos em si as repúblicas, veremos que elas estão no estado de natureza, ou seja, de comum hostilidade. E mesmo que elas se abstenham de lutar, não se deve chamar isto de paz, mas sim de uma trégua para respirar, onde o inimigo observa o movimento do outro e seu comportamento, avaliando sua segurança não em função de pactos, mas das forças e desígnios dos adversários.¹⁹

A despeito de JAKOBS não falar expressamente numa corrida armamentista, como se infere diretamente de HOBBS e que é a característica histórica e marcante de todos os discursos de emergência, é mais que óbvio que a tal “guerra” anunciada contra os “inimigos do povo” ou do “ocidente” não se fará somente no campo das ideias, nem tampouco do respeito à paz e aos direitos humanos, uma vez que o próprio discurso reconhece absurdamente que não está diante de cidadãos e sim de não-pessoas (logo, à margem da sociedade, sem direitos humanos).

Por derradeiro, quando JAKOBS argumenta que *“um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoas”*,²⁰ quer dizer o mesmo que HOBBS quando pinçela que *“o cidadão que renunciar ao pacto, ou convenção geral de obediência, renuncia ao mesmo tempo a todas as leis”*,²¹ caindo então no “estado de guerra”, no qual *“ninguém está sujeito a ninguém”*.²²

Agora, pois, é só esperar que inventor JAKOBS, como consequência inarredável do direito penal contra o inimigo que prega abertamente, assuma, *in totum*, a doutrina de HOBBS, justificadora do verdadeiro *apartheid* social, inclusive no ponto da crueldade da pena e da ilicitude da prova, para o fim específico de reintroduzir a ideia que *“embora nenhum homem seja obrigado a acusar-se, por um pacto pode ocorrer, que em público juízo e através de tortura, ele seja forçado a responder”*.²³

Pois, convenha-se: se logicamente o inimigo não detém o *status* de cidadão e não goza, portanto, dos benefícios da vida em sociedade, que é atributo exclusivo daqueles que respeitam o contrato social, cumprindo as obrigações civis, então nesse mundo da natureza de pouca importância teria a aceitação da tortura e morte, até porque HOBBS sincera e textualmente admite que os danos causados pela “pena” (ou medida de segurança ou, nas palavras de JAKOBS, pura coerção estatal), nesse específico caso, podem ser de qualquer espécie.

¹⁹ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**, p. 33.

²⁰ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. Obra citada, p. 36.

²¹ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**, p. 197.

²² HOBBS, Thomas. **Do cidadão**, p. 188.

²³ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**, p. 50.

Confira-se o que reza HOBBS:

Finalizando, não podem ser classificados como penas os danos infligidos a quem é um inimigo declarado. Posto que esse inimigo nunca esteve sujeito à lei e não pode transgredi-la, portanto. Ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em consequência que possa transgredi-la. Portanto, todos os danos, que lhe possam ser causados devem ser tomados como ato de hostilidade. Numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. Conclui-se que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado, seja qual for a penalidade prevista para a traição, o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Ao negar a sujeição ele negou as penas previstas pela lei. Deve, portanto, sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante. As penas são estabelecidas nas leis para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos por seus próprios atos, se revoltam e negam o poder soberano por vontade própria.²⁴

Não é de estranhar, por isso, o surgimento de posições como a do vice-presidente da polícia de Frankfurt, Senhor DASCHNER, que no ano 2002 permitiu que ameaçassem de tortura um acusado de sequestro, na crença de poder salvar a vida da vítima, sob a alegação de que a *“prohibición de la tortura solo es válida para la persecución penal, pero no para la defensa ante um peligro”*. De lembrar, que a repercussão foi tão intensa que nada mais nada menos que o próprio CLAUD ROXIN necessitou escrever um texto específico para rechaçar os argumentos favoráveis à admissão da tortura, reafirmando, entre outras coisas, que a *“Constitución, la Convención sobre Derechos Humanos y otras regulaciones prohíben totalmente la tortura y no hacen ninguna excepción para el caso de la defensa ante um peligro”*.²⁵

Isso mostra, enfim, de forma cristalina o perigo dos discursos de emergência, que se apartam de concepções constitucionais e, assim, fazem vistas grossas aos direitos humanos, valorizando o normativismo e destruindo toda a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Não é de se descartar, justamente por tudo isso, certa similitude também entre a doutrina do “direito penal do inimigo” com o pensamento do politólogo nazista CARL SCHMITT.

Isso parece transparente quando SCHMITT escreve que *“cada antítese confessional, moral, econômica, étnica (...) se transmuta numa antítese política (...) por isto, a política*

²⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 229-230.

²⁵ ROXIN, Claus. Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? In: _____. **Nueva doctrina penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 549.

é o destino e a sua plataforma natural é a guerra, tanto nas competições externas quanto internas...”,²⁶ bem como quando prega a necessidade política de tomar uma atitude de associar e defender os amigos e de desagregar e combater os inimigos, num maniqueísmo: homem pecador-mau-inimigo em oposição ao virtuoso-santo-amigo.

Num ou noutro discurso, o fundamento reside na imposição voluntarista da política, cumulada com a exaltação da força, para garantir a tranquilidade, a segurança e a ordem no interior, com destruição total dos inimigos, para conseguir uma integração numa unidade política organizada.

ZAFFARONI lembra bem que para SCHMITT há uma diferenciação entre *“inimicus y hostis”* e *“el verdadero enemigo sería el hostis, respecto del cual se plantea siempre la posibilidad de la guerra, como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad”*.²⁷ Logo, se não destoia do que já foi traçado sobre HOBBS, no que concerne a centralidade do poder na autoridade soberana, para definição de valores dominantes, imposição de situação de exceção (anormalidade de estado emergencial que acaba virando regra) e, de consequência, suspensão do ordenamento jurídico (sobretudo dos direitos e as garantias individuais aos inimigos), com o propósito de manter a unidade nacional e a coesão política (ou vigência da norma!).²⁸

Um pouco paradoxal, sem dúvida, que próprio JAKOBS, que sempre cultuou com afinco o normativismo, numa verdadeira doutrina funcionalista do tipo radical, agora, no ponto que atinente especificamente ao chamado direito penal do inimigo, alie-se ao decisionismo schmittiano (que vem desde antes com Hobbes), que situa o fenômeno jurídico não na norma e seus comandos imperativos, mas na decisão, fazendo da sentença um elemento de importância muito mais relevante ao direito do que a legislação.

Como mostrou RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, citando ZARONE, o pensamento de SCHMITT é no sentido de que *“todo contraste religioso, moral, econômico, étnico ou de outro tipo se transforma em contraste político se for forte suficiente para*

²⁶ SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Buenos Aires: Folios, 1984, p. XIII – XX.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario*. In: BARREIRO, Augustin Jorge. **Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo**. Madrid: Civitas, 2005. p. 9.

²⁸ A propósito, são esclarecedoras as palavras de RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR: *“Para Schmitt é difícil prever e definir com clareza quais são os limites do estado de exceção. É certo que uma Constituição pode até mesmo prever a competência do governante durante o período de exceção. Todavia, não pode determinar com toda precisão o limite deste poder soberano. O soberano decide tanto sobre a ordem que subsiste no caso extremo de emergência, quanto sobre as ações que devem ser realizadas para superar o caos, trazendo de volta à normalidade. Ele está fora do ordenamento jurídico normalmente vigente e, entretanto, pertence a este, pois, que cabe a ele a competência para decidir se a Constituição in toto pode ser suspensa.”* (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: M. Limonad, 2001. p. 137).

efetivamente reagrupar os homens em amigos e inimigos”²⁹, igual de o pensamento de JAKOBS, de divisão de classes (amigos contra inimigos), com assento forte nas divergências culturais, morais, religiosas e notadamente econômicas.

3

A política criminal que transparece discurso penal contra o inimigo não encorpa uma postura inovadora, como se poderia pensar diante da atual posição sistêmica em relação à teoria do delito. Aliás, nem o pensamento sistêmico parece ser uma inovação digna de nota, porquanto nada acrescenta às afirmações do organicismo, como reconhece expressamente EUGENIO RAÚL ZAFFARONI quando diz que “na verdade, a diferença entre ‘organicismo’ e ‘sistema’ não se apresenta muito clara, se é que existe”.³⁰ Quer dizer, é um neorganicismo, de um lado, e a retomada da velha cisão entre criminologia e dogmática penal, derivada do neokantismo, do corte entre as ciências da natureza e as ciências do espírito, de outro.³¹

Pois bem. *Mutatis mutandis*, a resposta moderna que JAKOBS dá à criminalidade dos “inimigos” (rótulo derivado da reincidência, da habitualidade, da delinquência profissional e da integração em organizações criminosas) parece não diferenciar na essência do que já pregou o grande penalista FRANZ VON LISZT, não porque teria dito que “o direito não é somente uma ordem de paz, senão também, e segundo mais íntima natureza, uma ordem de combate”,³² mas sim pelo Programa de Marburgo de 1882, com proposta de política criminal destinada também aos delinquentes habituais.

²⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Obra citada, p. 79.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 85.

³¹ O pensamento do direito penal do inimigo deriva da cisão do discurso jurídico (conhecimento do direito lógico versus conhecimento do direito axiológico), revelando predominância da variante tecnocrática do positivismo, com seu método científico e neutro do direito. Essa concepção do direito tem um atraso metodológico indiscutível em relação à imensidão das questões relativas ao direito, postas por sociólogos, historiadores e economistas e que, ademais, esses trabalhos situam-se em uma perspectiva epistemológica e crítica que os torna inaudíveis, e, logo, insignificantes para os juristas. Impende lembrar PLAUTO FARACO DE AZEVEDO: “...a Dogmática Jurídica deve atentar para a moldura social em que se realiza, para as necessidades, reclamos e objetivos humanos em função de que precisamente deve cumprir-se sua tarefa. Há que se lutar sem tréguas contra os excessos logicistas que desembocam no formalismo jurídico, que pode ser caro aos juristas formados em sua viciosa atmosfera, mas desservem o povo - destinatário final desse trabalho - que não compreende, não se interessa e nada leva desse sutil exercício intelectual que teima em ignorá-lo.” (AZEVEDO. Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e a hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989. p. 35).

³² LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal**. Campinas: Russell, 2003, v1, p. 142.

É de comum sabença que o sistema de sanções de LISZT seria baseado nas seguintes propostas: a) pena para o delinquente ocasional, com função intimidatória (intimidar os que são intimidáveis); b) medida de segurança e de correção para o delinquente perigoso que ainda é corrigível (corrigir os que são corrigíveis); c) medida de segurança por tempo indeterminado para o delinquente perigoso que é incorrigível (neutralizar os que são incorrigíveis).

ROXIN resume o Programa de Marburgo no sentido de que a política criminal de LISZT era de *“inocuidad del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible”*.³³

O pensamento é de prevenção geral negativa, porque LISZT reconhece que *“a pena pode ter por fim tirar a perpétua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregá-los da sociedade (seleção artificial). Costuma-se diz que neste caso o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade (Unschädlichmachung)”*.³⁴

A solução de LISZT para a delinquência habitual (o dito inimigo do direito penal da época) consta do Programa de Marburgo de 1882, quando se prega que *“de los incorregibles debe defenderse la sociedad; Y como no queremos el hacha y la horca, ni podemos deportarlos, solo nos queda el encarcelamiento (perpetuo o por tiempo indefinido)”*.³⁵

Os inimigos, “el câncer de la rápidamente creciente criminalidad”, são os seguintes para LISZT:

Pordioseros y vagabundos, prostitutas de ambos sexos y alcohólicos, pícaros y gente de filiación social ambigua en el sentido más amplio del término, degenerados morales y físicos, todos ellos forman el ejército cuyo estado mayor ha de verse en los delincuentes habituales.³⁶

Em que pese os inimigos de LISZT e de JAKOBS serem completamente diferentes, porque enquanto este autor inclui os graves ataques a bens jurídicos individuais, aquele se preocupa com “perturbações sociais” ou “mero incômodos morais” (à moda dos neoliberais norte-americanos da *Broken Windows Theory*), o método de tratamento final (de política criminal para repressão de condutas humanas) parece ser o mesmo, máxime porque ambos pretendem com a função da sanção a “inocuidade” de pessoas, por meio de penas indeterminadas, fundamentados na periculosidade de autores.

³³ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Thomson Civistas, 2003. p. 86.

³⁴ LISZT, Franz Von. Obra citada, p. 144.

³⁵ LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el derecho penal**. Bogotá: Temis, 1998. p. 69.

³⁶ LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el derecho penal**, p. 65.

Ora, se por um lado JAKOBS “melhora” na seleção social dos inimigos do poder punitivo estatal (se concentra agora, na segunda versão, nos delinquentes habituais de delitos graves contra bens jurídicos individuais, cuja profissionalização é o traço diferenciador), por outro, todavia, piora muito, eis que, ao contrário de LISZT, busca uma prévia punibilidade de condutas que, quando praticadas pelos inimigos, no *iter criminis*, ficariam tradicionalmente nos atos preparatórios impuníveis.

De qualquer maneira, também aqui a referência história não é descartada, apesar de LISZT nunca ter mencionado a quebra de garantias básicas como faz abertamente JAKOBS.

Outra semelhança histórica notável com discurso contra o inimigo ou do chamado “direito penal do inimigo” está no Projeto Nacional-Socialista sobre o Tratamento dos “Estranhos à Comunidade”, de FRANZ EXNER e EDMUND MEZGER, notadamente quando previa a reclusão por tempo indeterminado, a legitimação da agravação da pena para reincidentes com base na “culpabilidade pela condução de vida” e o reforço policial com “prisão especial” aos “inimigos do povo incorrigíveis”.

FRANCISCO MUNÓZ CONDE, num trabalho de fôlego, absolutamente brilhante, inovador e corajoso, traduz com perfeição às teses do amigo-inimigo tão caras ao Estado nacional-socialista, as quais, hoje, nada obstante as consequências nefastas da Segunda Guerra Mundial, tanto para a Alemanha quanto para o restante do mundo, são transferidas sem medo e com outra roupagem para o “direito penal do inimigo” de JAKOBS, assim:

Um direito penal com todas as suas garantias, baseado e limitado pelo princípio da culpabilidade, para o delinquente ocasional, integrado no sistema, ainda que algumas vezes se afaste dele; e um Direito penal baseado na periculosidade e nenhum tipo de limitações, para o delinquente perigoso e especialmente para o delinquente habitual que, com o seu comportamento e a sua forma de condução de vida (*Lebensführungschuld*), põe em causa as bases do próprio sistema ³⁷

Portanto, já naquela época se falava do “direito penal para inimigos”, sem quaisquer garantias e mecanismos de controle dos excessos do poder punitivo estatal, além do uso das penas também com prazo de duração indeterminado.

Com efeito, de novo a proposta de JAKOBS só tem a coragem de assumir publicamente a gana na violação do princípio da dignidade da pessoa humana, da humanidade das penas, da igualdade, da culpabilidade, da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, da proibição de provas ilícitas etc, para destruir o Estado Democrático de Direito e, via de consequência, submeter mais uma vez a humanidade à barbárie do poder punitivo, ao autoritarismo, ao medo e genocídio.

³⁷ MUNÓZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 26.

Não bastasse a lembrança das consequências históricas que tal posicionamento gerou, que são típicas dos discursos punitivos de emergência, há outras questões que devem necessariamente ser ventiladas.

De outra banda, é preciso asseverar também que o estado de natureza, local de inevitável guerra onde os seres humanos se flagelam, como parece acreditar JAKOBS, não passa duma crença infantil, sem qualquer possibilidade de comprovação empírica e lhe dê um mínimo de sustentabilidade. O *bellum omnium contra omnes* sempre foi um argumento para justificar a desigualdade do Estado absolutista e, assim, legitimar o próprio direito penal dele advindo. Curioso: o absolutismo legitimaria o direito penal e, logo, deslegitimaria a guerra (legitimaria porque o poder estaria com o soberano); mas agora, na nova era moderna, à moda de JAKOBS, dar-se-ia o contrário: o direito penal estaria deslegitimado (inclusive pelos próprios fatos e pelo genocídio anunciado) e, com isso e diretamente, a guerra estaria legitimada.

Essa ideia de HOBBS indubitavelmente não serve para fundamentar a preservação dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito, que tem como norte a Constituição Federal. LOCKE já havido desmontando essa doutrina, quando mostrou que realmente existem direitos anteriores ao pacto e que o soberano não pode desprezar.

Daí porque EDGARDO ALBERTO DONNA, talvez relembrando FEURBACH, salientou as impropriedades da teoria de HOBBS:

En ella, el Estado aparece sólo subsidiariamente legítimo en cuanto viene a garantizar los derechos que el hombre ya tenía y que libremente había decidido intercambiar; el Estado no otorga, con su soberanía, esos derechos sino que los garantiza, que es otra cosa. Esta idea aparece como clave en el problema de los derechos humanos. No es el Estado quien da sino quien debe cuidar. Es el Estado quien debe proteger los derechos humanos.³⁸

Demais disso, tal doutrina faz uma tábua rasa aos direitos humanos adotando a teoria justificadora do absolutismo, que favorece a divisão de classe e a manutenção da desigualdade social, sabe-se que um dos muitos exageros do funcionalismo de JAKOBS é a redução do direito penal a um subsistema, que não questiona o sistema social, político e econômico que lhe serve de base, por desconhecer as palavras de EDUARDO NOVOA MONREAL quando disse que “*não existe um direito apartado da concepção política e econômica concreta que vive uma sociedade*” e que é preciso “*abandonar as posições rigidamente jurídicas*”.³⁹

³⁸ DONNA, Edgardo Alberto. **Teoría del delito y de la pena**: fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 108.

³⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo. **El derecho como obstáculo al cambio social**. México: Siglo Veintiuno, 1979. p. 13.

Todavia, no aspecto específico da fundamentação jurídica do denominado “direito penal do inimigo”, sequer se pode chamar isso de Direito Penal. Curto e grosso: o discurso contra o inimigo desenvolvido do JAKOBS não é Direito Penal e sim puro exercício de poder punitivo, sem qualquer limite expresso de contenção.⁴⁰ É, na verdade, um puro punitivismo irracional e ainda absolutamente descontextualizado. Irracional, porque está baseado na crença de que existem pessoas boas e pessoas ruins, Deus e Satanás, separadas aqui justamente pelo Direito penal, que traçaria a pauta de valores; descontextualizado, já que se finca exclusivamente (pelo menos na matéria de fundo) numa base filosófica ultrapassada, sem qualquer encaixe verdadeiro na realidade social atual.

Em qualquer Estado Democrático de Direito o Direito Penal é o freio do poder punitivo; é o limite de qualquer intervenção punitiva que dá tranquilidade para a vida social; é garantia do cidadão frente aos constantes e históricos abusos do Leviatã. Não sem razão ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA e ALEJANDRO SLOKAR mostram a função do Direito Penal “no es legitimar el poder punitivo, sino acotarlo, contenerlo y reducirlo”.⁴¹ Ora, pois, se essa garantia básica, que é expressa por vários princípios de natureza constitucional (os princípios penais constitucionais, como da legalidade, da humanidade das penas, da culpabilidade, da lesividade e da intervenção mínima) deixa de existir, então resta apenas o poder punitivo, cru e cruel, sem qualquer limitação ou controle, com direção à barbárie e a um estado de natureza bem mais real que o hobbesiano.

Efetivamente, se pode falar sem dúvida de uma administrativização do Direito Penal, como consequência da perda de espaço do direito penal para o poder de polícia ou direito administrativo sancionador, esse sim de caracteres preventivos e de coação direta muito similar ao discurso penal contra o inimigo. Muito similar porque uma “terceira dimensão” da administrativização do Direito Penal, típica da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais e do Estado da prevenção, seria, nas palavras de SILVA SÁNCHEZ, “o redescobrimento da neutralização”, traduzido notavelmente na adoção de medidas de segurança, “que se impõem uma vez cumprida a pena ajusta à culpabilidade do sujeito e que podem chegar a durar toda a vida do condenado”.⁴²

⁴⁰ LUIS GRACIA MARTINS, com esquete em ARTHUR KAUMANN, vai ainda mais longe: prega que “las regulaciones típicas del denominado Derecho penal del enemigo debe llevar a conclusión de que a las mismas no se les puede reconocer ya el carácter de Derecho”, porque não parte do “reconocimiento del hombre como persona responsable”, que seria “el polo superior, del que pende toda teoría jurídica” (GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”*. Obra citada, p. 02:30).

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 5.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 134.

Porém, de Direito Penal não se trata, se a expressão é reservada, como postula corretamente ZAFFARONI, para:

el saber jurídico que se destina a la práctica de los operadores jurídicos (y, por ende, lo distinguimos cuidadosamente de la legislación penal y del ejercicio real del poder punitivo), el derecho penal es la programación racional del poder jurídico de contención y reducción del fenómeno político del poder punitivo del Estado. Por ende, todo derecho penal que no se proponga contener y reducir este poder cae necesariamente en una concesión al derecho administrativo.⁴³

Outra constatação diga de nota é que está de volta o discurso de emergência que sempre alimentou o Direito Penal autoritário e, de consequência, sempre sufocou o Direito Penal liberal, advindo da Ilustração (fins do séc. XVII e princípios do XIX).

ZAFFARONI, com a propriedade que lhe é peculiar, demonstra quais são as características embutidas nos discursos autoritários de emergência, que apesar de pobre ideologicamente, sempre incentivaram o sentimento de insegurança e reforçaram os reclamos de vingança: “armamentismo”, “disparidad de enemigos”, “disparidad de fines”, “legitimación del bien”, “inferioridad del enemigo”, “inmunidad al mal”, “uso encubridor del discurso”, “refuerzo de prejuicios”, “reproducción de la clientela”, “alquimia o inversión valorativa”, “neutralización de fuentes deslegitimantes de autoridad” e “la degradación ética del represor”.⁴⁴

Os discursos de emergência impõem uma manifestação *simbólica* do Direito Penal, mais precisamente por meio da aplicação da pena com finalidade de exclusivamente de prevenção geral, para buscar a *estabilização* social normativa (JAKOBS), sem qualquer eficácia instrumental, mas com função política de criação de imagens ou de símbolos que atuariam na psicologia do povo, produzindo determinados efeitos úteis, legitimando o poder punitivo do Estado.

Isso é perfeitamente vislumbra CIRINO DOS SANTOS:

Como se sabe, o Direito Penal realiza funções instrumentais de efetiva aplicação prática e funções simbólicas de projeção de imagens na psicologia popular, mas o segmento legal conhecido como Direito Penal ‘simbólico’, caracterizado pela criminalização do ‘risco’ em áreas cada vez mais distantes do ‘bem jurídico’ - a pós-moderna criminalização do ‘perigo abstrato’ -, não tem função ‘instrumental’, apenas função ‘simbólica’ de legitimação do poder político.⁴⁵

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El derecho penal liberal y sus enemigos**. In: En torno de la cuestión penal. Buenos Aires: Editorial BDEF, 2005, p. 159.

⁴⁴ ZAFFARONI. Obra citada, p.. 163-166.

⁴⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. Obra citada, p. 32.

Correta, ainda, a avaliação de GRACIA MARTINS no sentido de que o *“Direito penal moderno ‘em geral’ é sinônimo de Direito penal ‘simbólico”, identificado no uso da prevenção geral sem qualquer “capacidade instrumental de prestar eficazmente à sociedade, e aos indivíduos que a integram, a segurança que exigem do Estado ante a ameaça de novos riscos”*.⁴⁶

Não prospera a diferenciação entre indivíduos (do mundo da natureza) e pessoas (construção social atribuída apenas a alguns indivíduos) levada a cabo por JAKOBS.

A uma, pois que na realidade as normas penais somente são infringidas pelos destinatários (todos os seres humanos da comunidade que podem internalizar a norma). Se os delinquentes habituais e os reincidentes não cumprem as normas como se espera, é porque também a eles as normas são destinadas. E a verificação do não cumprimento se dá por meio de um processo penal do cidadão, com todas as garantias constitucionais básicas, pelo simples fato de que ainda não se saberá da presença ou não do inimigo, pois não há um conceito prévio de não-pessoas (inimigos), mesmo que se coloque aqui a concepção de *“abandono duradouro do Direito”* pelos delinquentes habituais e reincidentes. Como explica GRACIA MARTINS,

un Derecho sólo puede ser infringido por quien sea destinatario de sus normas y, como reconoce el discurso del Derecho penal del enemigo, sólo puede ser destinatario de una norma jurídica una persona. Por lo tanto, aquél que infringe reiteradamente y de modo permanente el Derecho (del ciudadano), tiene que ser por fuerza una persona.⁴⁷

A duas, porque num Estado Democrático de Direito, cujo fundamento está no respeito à dignidade humana e razão se concentra no pluralismo e na diversidade, todos são pessoas: negros, brancos, índios, judeus, pobres, ricos, terrorista, separatistas, dissidentes políticos, comunistas, conservadores e criminosos de qualquer ordem. Todos são pessoas! MUÑOZ CONDE é enfático quando considera que *“em um Estado de Direito democrático e respeitoso com a dignidade do ser humano, nem o ‘inimigo’, nem ninguém pode ser definido como ‘não-pessoas’*”.⁴⁸ Mais: todo Estado Democrático de Direito se volta à regulamentação de condutas do homem, aquele de carne e osso, e não de ficções jurídicas (não de subsistemas!). A posição contrária, advindo do pensamento sistêmico, revigora o antigo organicismo, que já era uma ideia profundamente antidemocrática, pois o que interessa é o organismo (o sistema jurídico é o que importa e não as pessoas) e não

⁴⁶ GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005. p. 104-106.

⁴⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado *“Derecho penal del enemigo”*. Obra citada, p. 02:29.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo, p. 68.

suas células (importa que o sistema jurídico funcione). Já escreveu ZAFFARONI que “o paradigma organicista é idealista, não suscetível de verificação, e sua adoção pelo positivismo não foi mais do que um recurso do poder para ‘mostrar como é científico’ aquilo que sempre constituiu uma metáfora antidemocrática”.⁴⁹ Há que respeitar, portanto, a categoria lógico-objetiva do ser humano, a estrutura ontológica do ser humano, pois aí está fundamentado todo o princípio da dignidade da pessoa humana.

A identificação do inimigo, por ato político exclusivo do detentor do poder, gera risco grave ao Estado Democrático de Direito. Basta lembrar os inimigos históricos do poder planetário e interno (derivado do planetário): as sanguinárias doutrinas de segurança nacional da América Latina sempre identificaram o opositor político como “inimigo interno”; a ditadura do nacional-socialismo representava o inimigo nos judeus, nos ciganos, nos doentes mentais, nos homossexuais, ou seja, em todos aqueles que resistiam à “higiene da raça”; o colonialismo via nos índios e nos negros os inimigos da civilização e da modernidade; a Santa Inquisição via nas bruxas as inimigas da Igreja; o capitalismo odiava o comunismo internacional por conta da ameaça à “democracia” (Pinochet, como típico conservador defensor da propriedade e dos valores morais dominantes, vislumbrava em Allende um inimigo do Estado chileno e do povo chileno, porque não concordava com a exploração da mais-valia, lutava por justiça social e distributiva, igualdade e solidariedade); da mesma forma os militares brasileiros acreditam encontrar nos jovens estudantes da Guerrilha do Araguaia um perigo para o desenvolvimento do Estado de Polícia da época.

Isso mostra que os inimigos continuam os mesmos, mas as situações de emergência é que se modificam (comunismo internacional, sífilis, alcoolismo, petróleo, terrorismo, tóxicos, etc).

ZAFFARONI explica:

O sistema penal seleciona uns poucos inimigos políticos e os exibe como inimigos de guerra da maioria, é claro, também da minoria, que não precisa ser reprimida por esse mecanismo, salvo nos casos de dissidência, considerada perigosa. Por isso mesmo, a vinculação ‘guerra-sistema pena’ é muito mais íntima e complexa que a fórmula ‘delinquente-inimigo da Pátria’, que é parte da ideologia justificadora dos sistema penal.⁵⁰

Com isso, o discurso contra o inimigo isola-se no mundo do “dever ser”, olvida a maneira desigual de operação do sistema penal e seleciona sempre os setores mais desfavorecidos do processo de socialização e alguns dissidentes incômodos politicamente ou moralmente. Esquece que o sistema penal atua sempre seletivamente, tanto na

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal, p. 49.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal, p. 225.

criminalização primária quanto secundária, de acordo com estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa. Faz ouvidos moucos a constatação de que, como provou ALESSANDRO BARATTA:

o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente mais danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas”.⁵¹

À evidencia que essa concentração do poder punitivo nos inimigos do poder, de foram militarizada e verticalizada, leva irremediavelmente às raias do direito penal de autor e não do direito penal de ato. Pune-se, inconstitucionalmente, a qualidade do autor, a periculosidade do autor, não condutas realizadas que toquem bem jurídicos concretos e individuais, até porque se prega a antecipação da punibilidade. Cuida-se duma nova face da conhecida “*culpa pela condução de vida*” (MEZGER), “*culpabilidade por a decisão sobre a vida*” (BOCKELMANN) ou simplesmente um “*tipo de autor criminológico ou normativo*”, como das regulamentações do Direito Penal de guerra do regime nazista ou, como pincela com propriedade o inteligente penalista JUAN BUSTOS RAMÍREZ, “*retornan las antiguas sobras del positivismo naturalista y de derecho penal de autor de la Escuela de Kiel*”.⁵²

ROXIN diferencia com clareza:

Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no toda la conducción de la vida social del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción”.⁵³

Aproximação forte com o direito penal de autor da *criminologia positiva* da doutrina italiana de LOMBROSO, se é verdadeiro que o inimigo pode ser encontrado *a priori* ou descrito pelo novo corpo legislativo de guerra, sem necessidade de intervenção do processo penal do cidadão, ou seja, sem que a habitualidade, a reincidência e a presença na organização criminosa sejam confirmadas judicialmente. Se é verdade que a punibilidade tem que avançar para um estágio prévio (por exemplo, dos atos preparatórios

⁵¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2. ed, 1999. p. 165.

⁵² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. Bogotá: Temis, 2005. p. 241.

⁵³ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, fundamentos, la estructura de la Teoría del Delito. Obra citada, p. 176-177.

geralmente não puníveis), porque não então a seleção do “objeto” de ansiedade do poder punitivo antecipadamente, por meio de dados físicos, sociais ou religiosos (negros, pobres, muçulmanos, árabes, judeus, palestinos, estrangeiros etc.).

Embora o programa de criminalização primária de JAKOBS não se ampare na biologia criminal como fez MEZGER e EXNER para combater os “estranhos à comunidade”, a criminalização secundária que lhe é correspondente se encarrega desse detalhe, como é típico do sistema penal nas sociedades de classes.

Enfim, se todas objeções levantadas não fossem verdadeiras, ainda assim se não poderia transferir os problemas atuais do poder planetário para nossa região marginal latino-americana, que não sofre os mesmos ataques e males do centro. Nós, latino-americanos, que nem chegamos a conhecer o *Welfare State*, só temos que continuar exercendo nosso direito de resistência às pressões do poder mundial, das revoluções tecnológicas (mercantil, industrial e tecnocientífica). Temos que resistir ao neoliberalismo, ao mercado e ao capital, que diminui o lado social e aumenta o penal contra a população desamparada, pobre, faminta, iludida pelo discurso consumista das fábricas de ilusões, excluída dos processos de socialização e incluída nos processos de criminalização.

De lembrar sempre os ensinamentos de ZAFFARONI: “*O direito serve ao homem – e não ao contrário -, a planificação do exercício de poder do sistema penal deve pressupor esta antropologia filosófica básica ou ontologia regional do homem*”.⁵⁴

O otimismo do funcionalismo sistêmico tem um processo caro a pagar que expressamente anunciou ZAFFARONI:

O imediatismo do homem e seu deslocamento do centro de interesse do discurso penal, a conseqüente amoralidade do discurso e, por último, o cancelamento de conceito de “homem” como “pessoa”, para reduzi-lo a um sistema. Em nossa região marginal, ademais, esta ótica impede a percepção e a mudança da realidade genocida de nossos sistemas penais, passa por alto milhões de mortes e oculta a ameaça de um genocídio maior derivado do tecnocolonialismo.⁵⁵

Conscientes, com DONNA, que “*sin un orden jurídico constitucional, todo derecho invocado por las partes se diluye en la nada*”,⁵⁶ resta, pois, a resistência, da forma que tiver que ser, pois ela está amparada, ainda, nos objetivos de qualquer República que constitua um Estado Democrático de Direito, quais sejam, a construção duma sociedade livre, justa e solidária, com desenvolvimento nacional, sem pobreza e marginalização, sem desigualdade

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal, pp. 16-17.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal, p. 156.

⁵⁶ DONNA, Edgardo Alberto. Obra citada, p. 95.

social e regional, para o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por derradeiro, as questões discutidas neste ensaio podem ser condensadas nas seguintes conclusões:

- a) O discurso penal contra o inimigo, que GÜNTHER JAKOBS chama de “Direito penal do inimigo”, apresenta uma dicotomia no programa estatal para controlar a criminalidade imposta pela (ir) racionalidade nas situações de necessidade de reforçar a vigência da norma, por meio da pena criminal, nos casos de violação pelo cidadão, de um pólo, e pela neutralização e eliminação, por meio de coação física (medidas de segurança), até chegar à guerra, para combater perigos, no caso de violação da norma por não-pessoas (inimigos), de outro pólo do mesmo mundo ou contexto jurídico penal;
- b) Os fundamentos filosóficos e políticos do discurso penal contra o inimigo estão cravados nos pensadores ROUSSEAU, FICHTE, KANT, HOBBS e CARL SCHMITT (mais concentrados nos dois últimos). O pensamento hobbesiano e a teoria sistêmica luhmanniana se unem para no discurso contra o inimigo retirar o status de ser humano e reduzi-lo a um subsistema. Todavia, toda pessoa é portadora de caracteres ontológicos que não são alterados por juízos de valor (por qualquer ciência do espírito) e, assim, é certo que o ser humano é uma categoria lógico-objetiva que jamais poderá ser alterada pelo Direito Penal;
- c) O discurso contra o inimigo é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito, por violar todos os princípios penais e processuais previstos na Constituição Federal e também por fazer um solapamento dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana;
- d) O discurso penal contra o inimigo resgata as políticas criminais ultrapassadas, autoritárias e racistas de LISZT, MEZGER, EXNER e LOMBROSO, reincorporando dados do positivismo exacerbado e da criminologia tradicional, bem como realimentando antigas as situações de emergência, para o fito de usar a pena como prevenção geral exclusiva (neutralização de inimigos) e, dessarte, exercer um simbolismo do Direito Penal na psicologia popular, um punitivismo sem freios e um Direito Penal de autor, numa mudança do paradigma da retribuição da culpabilidade de fato para a periculosidade do autor;
- d) As situações de emergência que só aparentemente sofrem os países do bloco desenvolvidos ocidentais e que justificariam as respostas irracionais e autoritárias emanadas do poder planetário, não são ajustáveis à América Latina e nem a qualquer Estado Democrático de Direito, porquanto nesta região, cuja condição

histórica a faz marginalizada e explorada pelas revoluções mercantil (séc. XVI) e industrial (séc. XVIII) e hoje tecnocientífica, prevalece o direito constitucional de resistência, expressado no reconhecimento dos valores como a dignidade da pessoa humana, a diversidade cultural do povo e a igualdade para buscar uma sociedade mais justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ANDRADE, Vera Regina de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e a hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. Bogotá: Temis, 2005.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo. noções e críticas. In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**. noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MUÑOZ Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. Valência: Tirant to Blanch, 2002.
- DONNA, Edgardo Alberto. **Teoría del delito y de la pena**: fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"*. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 2005.
- _____. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005.
- HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- _____. Thomas. **Leviatã ou Matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: :noções críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LISZT, Franz von. **La idea del fin en el derecho penal**. Bogotá: Temis, 1998.
- _____. **Tratado de direito penal**. Campinas: Russell, 2003. v. 1
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: M. Limonad, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. Valência: Tirant to Blanch, 2002.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **El derecho como obstáculo al cambio social**. México: Siglo Veintiuno, 1979.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito. Madrid: Thomson Civistas, 2003.

_____. Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? In: **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Teoria da Pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Buenos Aires: Folios, 1984.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

TAVARES, Juarez. Os limites dogmáticos da cooperação penal internacional. In: TAVARES, Juarez, CERVINI, Raúl. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El derecho penal liberal y sus enemigos. In: _____. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Editorial BDEF, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: A perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario. In: BARREIRO, Augustin Jorge. **Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo**. Madrid: Civitas, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2005.

CRÍTICA À ESTABILIZAÇÃO DA NORMA COMO MISSÃO DO DIREITO PENAL E FUNÇÃO DA PENA

CRITICISM OF STABILIZATION POLICY AS MISSION OF CRIMINAL LAW AND FUNCTION PENALTY

Silvia de Freitas Mendes*

RESUMO

Neste artigo será apresentada uma crítica à adoção da estabilização da norma como função da pena e como missão do Direito Penal. Além disso, será tratada a importância da orientação político-criminal eleita por um Estado Democrático de Direito, que poderá auxiliar ou não na preservação da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Política Criminal, pena, estabilização, dignidade.

ABSTRACT

In this article a critical one to the adoption of the stabilization of the norm will be presented as function of the penalty and as mission of the Criminal law. Moreover, the importance will be dealt with the elect criminal politics orientation for a Democratic State of Right, that will be able to assist or not in the preservation of the dignity of the person human being.

Keywords: criminal politics, punishment, stabilization, dignity.

* Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR, Especialista em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto Busato de Ensino, Professora da Faculdade de Telêmaco Borba-PR.

INTRODUÇÃO

Comumente confunde-se a Política Criminal com a mera produção desenfreada de leis penais. Porém, fora esse entendimento, cabe à Política Criminal, não apenas a utilização do instrumento lei, mas também uma preocupação com aspectos educacionais e sanitários, por exemplo, para se buscar mais segurança e evitar a expansão do Direito Penal¹.

Em decorrência da concepção adotada sobre a missão do Direito Penal pela Política Criminal, a função da pena privativa de liberdade poderá ser influenciada. Esta função poderá coincidir, portanto, com a missão do Direito Penal.

No rol de funções atribuídas à pena privativa de liberdade, conforme a Política Criminal adotada está a prevenção geral positiva estabilizadora. Por essa função objetiva-se a proteção (estabilização) da norma penal. Nesse caso, uma Política Criminal que vise, através do cárcere, a proteção da norma, e admita isso como missão do Direito Penal, peca por preterir a própria dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista este panorama, pretende-se tratar no presente artigo a relação entre a missão de estabilização da norma atribuída ao Direito Penal e a função preventiva geral positiva estabilizadora da pena privativa de liberdade. Após essa abordagem, far-se-á uma análise sobre a dignidade da pessoa humana frente à adoção de tal perspectiva sobre a missão do Direito Penal e a função da pena através da Política Criminal de um Estado Democrático de Direito.

1 PREVENÇÃO GERAL POSITIVA ESTABILIZADORA: MISSÃO DO DIREITO PENAL E FUNÇÃO DA PENA PRIVATIVA

Através da orientação político-criminal adotada pelo Estado pode-se atribuir alguma missão ao Direito Penal. Dentre essas missões o Estado Democrático de Direito pode optar, por exemplo, em proteger bens jurídicos, o que privilegiaria a dignidade da pessoa humana ou pela estabilização da norma, o que implicaria no prevalectimento normativo frente ao próprio indivíduo.

Conforme a concepção de que o Direito Penal deve cumprir a missão de proteger bens jurídicos, somente existiria a intervenção penal a partir de uma lesão ou ameaça de

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 451.

lesão a tais bens, podendo ou não ser aplicada uma pena². Ainda, por esta perspectiva pode-se limitar a atuação do Estado na produção e aplicação de leis penais. Isso se deve ao fato de que o Estado pode apenas se valer do Direito Penal para tutelar os bens considerados mais caros aos indivíduos. “O princípio do bem jurídico estabelece um limite material ao poder punitivo estatal, pois impede que se estabeleçam delitos e penas que não tenham em sua estrutura de base a proteção a um bem jurídico”³.

Já em relação à missão de estabilização da norma via Direito Penal, a tutela de bens jurídicos não está em primeiro plano. Há a preocupação com a preservação da norma, convertendo-a “no eixo gravitacional do Direito Penal”⁴.

A importância de se referir a essas missões do Direito Penal é que poderão coincidir com a função atribuída à pena privativa de liberdade. Sobre as funções também da pena privativa de liberdade, pode ser encontradas vertentes de cunho retribucionista⁵ ou preventivista⁶. No elenco das teorias preventivas sobre as funções da pena está a prevenção geral positiva estabilizadora.

Günther Jakobs pode ser considerado um defensor da teoria da prevenção geral positiva da pena como forma de se alcançar a estabilização da norma. Esse autor defende que as pessoas vivem em um mundo já conformado, no qual existem normas estáveis e, portanto, as pessoas não poderiam vir a desrespeitá-las. Dessa forma:

Uma decepção específica no âmbito dos contatos sociais afetam aquelas expectativas que derivam da pretensão frente à outra parte de que serão respeitadas as normas vigentes, podendo a pretensão contradizer ao juízo cognitivo. Exemplo: Tampouco quem vê como o condutor bebe renuncia a sua pretensão a uma viagem segura. A uma expectativa normativa não se tem de renunciar nem sequer em casos de decepção, somente que esta pode manter-se (contrafaticamente), se como falha decisiva não se define a expectativa do decepcionado, somente a infração da norma por parte daquele que a decepciona⁷.

² BUSATO; HUAPAYA, *op. cit.*, p. 39. *Ibid.*, p. 39.

³ *Ibid.*, p. 39.

⁴ BUSATO; HUAPAYA, *op. cit.*, p. 32.

⁵ Por exemplo: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 92; KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 47.

⁶ Por exemplo: FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de direito penal**. Tradução. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 60; ROXIN, Claus. **La Teoría del delito: en la discusión actual**. Tradução Manuel Abanto Vásquez. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 79.

⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, 1997. p. 10. Tradução nossa.

Nota-se que JAKOBS pretende dar grande importância à norma. E para garantir a estabilização da norma seria necessário a pena. Conforme o mencionado autor:

Somente a expectativa consistente no fato de que quem participa no contato social vai querer respeitar as normas não torna planejados tais contatos, já que a outra parte não somente deve ter a boa vontade de respeitar a ordem, mas deve também saber quando está diante de um comportamento normativamente regulado. Exemplo: Quem não quer pôr em perigo os outros, somente podem comportar-se não perigosamente se sabe quais comportamentos são perigosos. Não é possível respeitar a norma sem o conhecimento de como está conformado o mundo e segundo quais regras estão inter-relacionadas as mudanças, apesar do qual somente está garantida juridicamente a vontade de respeitar a norma, mas não assim o conhecimento pertinente para considerar aplicável a norma. Essa limitação tem o seguinte fundamento: Sem o conhecimento necessário para orientar-se no mundo ninguém pode viver metodicamente; e esforçar-se suficientemente 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 sanção⁸.

Diante disso, seria necessário a existência de normas para preservar o convívio social. E a partir do momento em que se violasse alguma dessas normas, desestabilizando o sistema normativo, ao transgressor seria aplicada uma pena. Exige-se, portanto, que o autor atue conforme a norma. Assim a:

a contradição à norma por meio de uma conduta é a infração da norma. Uma infração normativa é, portanto, uma desautorização da norma. Esta desautorização dá lugar a um conflito social na medida em que se põe em evidência a norma como modelo de orientação⁹.

Como se vê, a realização de uma conduta contrária à norma ensejaria a aplicação de pena. Sendo a pena uma:

reação frente à infração de uma norma. Mediante a reação sempre se põe de manifesto que tenha de observar-se a norma. E a reação demonstrativa sempre tem lugar a custa do responsável pela infração da norma (por 'a custa de' se entende, neste contexto, a perda de qualquer bem)¹⁰.

⁸ JAKOBS, *op. cit.*, p. 11. Tradução nossa.

⁹ *Ibid.*, p. 13. Tradução nossa.

¹⁰ *Ibid.*, p. 08. Tradução nossa.

Pode-se notar da teoria da pena formulada por Günther Jakobs que há uma grande preocupação em se preservar ou proteger a norma. E, ainda, quando ao final da citação acima transcrita admite “a perda de qualquer bem”, admite-se que se viole até mesmo direitos e garantias individuais, que as penas privativas de liberdade se tornem cada vez mais severas. A partir disso, infere-se que a proteção da dignidade da pessoa humana não estaria em primeiro plano, o que não condiz com uma Política Criminal Garantista.

Considerando que em decorrência da missão atribuída ao Direito Penal isso repercute na função da pena privativa de liberdade, deve-se ter certa cautela na escolha das teorias que irão nortear a Política Criminal. Em se adotando a concepção de JAKOBS, a estabilização da norma norteará toda a Ciência Penal. Objetivando-se proteger a norma e se afastando da proteção da dignidade da pessoa humana.

2 POR UMA POLÍTICA CRIMINAL QUE PRESERVE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Uma Política Criminal de um Estado Democrático de Direito ao adotar a perspectiva geral positiva estabilizadora sobre a função da pena privativa de liberdade, pode defender a norma, mas olvidar-se do indivíduo. Diante disso, este pode ter sua dignidade violada.

A Política Criminal que tem como objetivo proteger a norma, dificilmente se adequaria a perspectiva de um Estado Democrático de Direito. Nestes Estados deve-se primar pela dignidade da pessoa humana e não pela busca incansável de proteção da norma. Sobre a dignidade da pessoa humana leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo ‘a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos’, ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas¹¹.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 maio 2008.

Considerando o conceito proposto por SARLET, em um Estado Democrático de Direito, a Política Criminal deve estar preocupada em escolher princípios e fundamentos que visem à proteção dos indivíduos. Nestes Estados, a instituição de Políticas Públicas deve auxiliar na proteção e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A adoção do entendimento de que a missão do Direito Penal e função da pena sejam de estabilização da norma, não prima pela efetivação de direitos fundamentais como liberdade, por exemplo. Ao contrário, fomentam a Política da Tolerância Zero.

Desse modo, privilegiar a norma implica em sonegar proteção ao próprio cidadão, dado que, em muitos casos¹², é o titular do bem jurídico. Além do mais em Estados Democráticos de Direito, deve prevalecer a proteção de bens jurídicos, já que em tais Estados estabelece-se um rol de direitos e garantias do qual é destinatário o indivíduo e não a norma.

Nota-se, portanto, que não cabe admitir uma submissão tamanha do cidadão frente à norma. Não se quer dizer com isso que seja permitido infringir as normas penais, mas que o centro do Direito Penal deve ser o indivíduo dotado de direitos e garantias e não a norma. Conforme MIR PUIG: “Basear a teoria jurídica no reconhecimento de que o Direito deve servir ao cidadão me parece imprescindível para uma *concepção democrática de Direito*¹³.”

Ainda, como já se mencionou o indivíduo é detentor de direito e garantias, dessa forma não há possibilidade de se aceitar a concepção de JAKOBS, tendo em vista a eliminação de garantias para se alcançar a estabilização da norma. Acreditar que a pena privativa de liberdade visa proteger a norma estar-se-ia dando azo ao surgimento de um “neoretribucionismo, que elimina de seu ideário aqueles únicos aspectos ‘garantistas’ ínsitos ao retribucionismo clássico, o chamado princípio de proporcionalidade”¹⁴.

¹² Frise-se que o Código Penal, em alguns casos, determina ser o titular do bem jurídico tutelado pela norma penal o Estado. Isso se dá, por exemplo, nos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública em Geral (artigo 312 ao 327).

¹³ MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires/Montevidéo: Julio César Faira, 2006. p. 335. Tradução nossa.

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel. **Curso de Derecho Penal**: parte general. Barcelona: Cedecs, 1997, p. 88. Tradução nossa.

Veja-se, portanto, que a prevenção geral positiva proposta por JAKOBS opera um retrocesso ao alçar a norma como objeto de proteção do Direito Penal, já que sob pena de alcançar a mencionada proteção pode não se pautar, na definição legal do *quantum* de pena ou sua aplicação, no princípio da proporcionalidade.

Diante disso, o posicionamento defendido por JAKOBS sobre a prevenção geral positiva estabilizadora encontra solo fértil quando da instituição da Política da Tolerância Zero. Faz com que o expansionismo penal se torne estratégia de campanha eleitoral, já que se cria uma ilusão de que através de privação da liberdade a segurança dos cidadãos estaria garantida. E ainda,

se o objetivo central do Direito Penal é estabilizar a vigência da norma, independentemente da valoração do seu conteúdo mesmo as normas mais antidemocráticas merecem igual sustentação. Certamente, adotada esta perspectiva, é possível justificar a atuação de qualquer tipo de sistema estatal¹⁵.

Em decorrência da mencionada Política de Lei e Ordem justifica-se a aplicação de penas cada vez mais severas em razão da desestabilização do sistema normativo. Ao tratar sobre a função preventiva geral positiva estabilizadora, aduz QUEIROZ que

resulta, também, uma clara tendência para o totalitarismo. Pois, em sua rigorosa visão normativista e antinaturalista que desenvolve os conceitos da dogmática penal, se perdem os referenciais extrajudiciais de delimitação da resposta penal, não sendo fundamental o homem, mas o sistema, desde que idônea à utilização da norma a intervenção penal será sempre legítima, independentemente de seu conteúdo ou de justeza¹⁶.

¹⁵ BUSATO; HUAPAYA, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 50.

Não há, enfim, uma preocupação se o autor de um delito atingiu um bem jurídico que afetou a dignidade de outra pessoa, nem muito menos com a dignidade daquele¹⁷. Se não há preocupação com a dignidade do autor do delito, conseqüentemente não se leva em consideração as condições sociais em que o mesmo vive, o mais importante é que o sistema normativo foi desestabilizado. Ao se adotar a perspectiva de JAKOBS acaba-se por se preterir a preservação do próprio indivíduo, afastando-se a perspectiva garantista, a qual deve prevalecer na Ciência Penal¹⁸. Nesse sentido:

no aspecto fundamental para um Direito Penal garantista, resulta que se desatende ao objeto de proteção jurídico-penal, qual seja, o bem jurídico. Castiga-se, então, pelo fato de o autor do delito rebelar-se contra a norma em vez de produzir a ofensa a um bem jurídico. O que sucede é que quando se defende a norma independentemente de seu conteúdo, com o que não há nenhuma segurança jurídica, a norma em si mesma pode adquirir qualquer conteúdo, qualquer valor. Pode estar refletindo um Estado democrático ou ocultando um Estado totalitário. Daí a necessidade do elemento referencial ao bem jurídico que evidencia ou põe a descoberto o que realmente se protege com o Direito¹⁹.

Desse modo, privilegiar a norma implica em sonegar proteção ao próprio cidadão. Além do mais em Estados Democráticos de Direito, deve prevalecer a proteção de bens jurídicos, o que auxiliaria na efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Afinal, em tais Estados estabelece-se um rol de direitos e garantias do qual o destinatário é o indivíduo e não a norma. Nesse sentido

¹⁷ Conforme Salo de Carvalho “Em dezembro de 2004 a população prisional chegara a aproximadamente 350 mil detentos, perfazendo total de 42 mil apenados superior ao número registrado em dezembro de 2003. As projeções para dezembro de 2005 mostram que o sistema prisional brasileiro atingirá 392 mil presos, aumentando para 434 mil em dezembro de 2006 e 476 mil no fim de 2007. O quadro acima retratado demonstra o brutal e constante crescimento nas taxas de encarceramento no Brasil, evidenciando o irreversível ingresso do país nos modelos punitivos de hiperpunitividade que atingem os Estados que têm optado por políticas criminal e penitenciária sustentadas pelos discursos de *Lei e Ordem* e *Tolerância Zero*.” CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 269- 281.

¹⁸ “na atualidade, podemos sustentar que existe um marcado interesse em uma Ciência Penal única, na qual se integrem todos os conhecimentos normativos, criminológicos e político-criminais que tenham como único fim tarefa de luta contra a criminalidade. Cada ciência integrada, isso sim, oferece, sem ser uma menos importante que a outra, sua especialidade para a consecução do objetivo comum.” BUSATO; HUAPAYA, op. cit., p. 22. Nesse sentido também HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y AL derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 143.

¹⁹ BUSATO; HUAPAYA, op. cit., p. 204.

uma vez que a Constituição Federal brasileira expressa diversos princípios característicos da eleição de um perfil de Estado social e democrático de Direito, sendo vários deles relacionados estreitamente com o contexto do poder punitivo Estatal, estes devem compor os cânones interpretativos que nos hão de balizar (...) ²⁰.

Ainda, em relação à expansão do Direito Penal no que diz respeito ao agravamento das penas privativas de liberdade, este pode ser evidenciado mundialmente. No Estado da Califórnia (EUA), na Penitenciária *Pelican Bay* além da liberdade de ir e vir, a comunicação também é suprimida. Os condenados não podem comunicar-se entre si, permanecem isolados nas celas ²¹. No dizer de Bauman: “Se não fosse pelo fato de que os prisioneiros ainda comem e defecam, as celas poderiam ser tidas como caixões ²²”.

Fora esse exemplo de pena severa, há também a instituição, no ordenamento brasileiro, do Regime Disciplinar Diferenciado. Este regime, previsto no artigo 52 da lei 7.210/84, possibilita o isolamento do preso provisório ou condenado que praticar crime doloso, quando isso ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. Outra hipótese que permite a imposição do regime disciplinar diferenciado é ao condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A partir desses exemplos, nota-se o expansionismo penal no que pertine à agravamento da pena privativa de liberdade. As mencionadas formas de isolamento impostas através da pena privativa de liberdade são fruto de uma Política Criminal que não tem como objetivo central a dignidade da pessoa humana. Esta espécie de Política Criminal pode ser associada à teoria da prevenção geral positiva estabilizadora, bem como a missão do Direito Penal defendida por JAKOBS.

A referida perspectiva está na contramão do Estado Democrático de Direito. Se se pretende ter um Direito Penal Democrático em prol dos cidadãos.

Pressupõe que não entendamos o Direito como um sistema normativo cujo sentido se esgota na manutenção de suas próprias normas, ao estilo de Luhmann e Jakobs, mas sim como um sistema a serviço das necessidades dos seres humanos ²³.

²⁰ BUSATO, Paulo César. A progressão de regime prisional como exigência funcionalista-teleológica do sistema de execução penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 09, n. 2, p. 387-416, mai./ago, 2004.

²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999. p. 116.

²² *Ibid.*, p. 116.

²³ MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires; Montevideo: Julio César Faira, 2006. p. 334. Tradução nossa.

E ainda:

é exigência do moderno Estado social e democrático de direito a obediência estrita a princípios como o de legalidade, de intervenção mínima, de culpabilidade e todos os demais que decorrem destes, o que conduz, entre outras coisas, à necessidade do estabelecimento de um sistema de imputação coerente para com estes princípios²⁴.

Portanto, deve-se primar pela limitação do Direito Penal, valendo-se de princípios, os quais auxiliam na proteção do próprio indivíduo. Ainda, como já se mencionou o indivíduo é detentor de direitos e garantias, dessa forma não há possibilidade de se aceitar a concepção de JAKOBS.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, a missão do Direito Penal e a teoria sobre a função da pena privativa de liberdade propostas por JAKOBS não podem prevalecer em um Estado Democrático de Direito. Optar pela prevenção geral positiva estabilizadora como orientação político-criminal, implica em desconsiderar a dignidade da pessoa humana. Estados Democráticos de Direito, ao eleger como princípio ou fundamento a dignidade da pessoa humana, afastam consequentemente a possibilidade de se considerar que ao Direito Penal e à pena privativa de liberdade cumpra a proteção da norma.

Ocorre que, infelizmente, apesar da adoção de um discurso baseado na dignidade da pessoa humana, não há coincidência com o que se vem instituindo através da Política Criminal. Através desta, a Tolerância Zero vem ganhando mais espaço, o que facilita a expansão penal.

Admitir o preavalecimento da norma como centro das preocupações político-criminais dá margem à demasiada produção legislativa penal. Com isso, reduz cada vez mais o rol das garantias e restringe-se à liberdade individual.

Apesar desses abusos legislativos, através dos quais se promete o milagre da segurança para todos, os delitos são cometidos diariamente, a fome assola várias famílias, crianças estão fora da escola. Diante disso, impossível que um Estado Democrático de Direito se afaste do fundamento dignidade da pessoa humana e institua uma Política Criminal com a intenção de se tutelar o sistema normativo.

²⁴ BUSATO, Paulo César. A progressão de regime prisional como exigência funcionalista-teleológica do sistema de execução penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 09, n. 2, p. 387-416, mai./ago, 2004.

Para tanto, primordial será a instituição de uma Política Criminal que adote a proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal, afastando as pretensões totalitárias da prevenção geral positiva estabilizadora. E ainda, auxiliará a busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e, conseqüentemente, respeitará o fundamento dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BUSATO, Paulo César. A Progressão de regime prisional como exigência funcionalista-teleológica do sistema de execução penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 09, n. 2, p. 387-416, mai./ago. 2004.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de Direito Penal**. Tradução Eugenio Raúl Zaffaroni; Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires; Montevideo: Julio César Faira, 2006.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel. **Curso de Derecho Penal: parte general**. Barcelona: Cedecs, 1997.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: _____. **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ROXIN, Claus. **La teoría del delito: en la discusión actual**. Tradução Manuel Abanto Vásquez. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>.> Acesso em: 28 maio 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

JUSTIÇA GLOBALIZADA: ENTRE A CRISE DO ESTADO-NAÇÃO E A EMERGÊNCIA DA REGULAÇÃO SUPRANACIONAL

GLOBAL JUSTICE: THE CRISIS BETWEEN THE STATE - NATION AND THE EMERGENCY OF SUPRANATIONAL REGULATION

Andréa Bertholdi*
Gabriela Xavier Pereira**

RESUMO

O artigo trata de discutir alguns paradoxos derivados da globalização, focando as diferentes abordagens possíveis do fenômeno. Em seguida, trata de apontar os fatores determinantes de aceleração do processo de globalização e a superação do modelo de Estado-nação.

Palavras-chave: Globalização, Direitos Humanos, Justiça Globalizada, Estado-nação.

ABSTRACT

The paper aims to discuss some paradoxes arising from globalization, focusing on the possible approaches of the phenomenon. Then, this point of the determinants of acceleration of the globalization process and overcoming the nation-state model.

Keywords: globalization, human rights, justice globalized, nation-state.

* Andréa Bertholdi é acadêmica do 4º ano do curso de Direito na FAE Centro Universitário e estudante pesquisadora do grupo de estudos "Direito e Risco" na mesma instituição.

** Gabriela Xavier Pereira é Especializanda em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pelo Instituto Busato de Ensino – IBE, graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG e ainda, pesquisadora dos grupos de estudos "Direito e Risco" e "Modernas Tendências do Sistema Criminal", da FAE Centro Universitário.

INTRODUÇÃO

Inúmeras são as discussões sobre o processo de globalização, intensamente vivido mundialmente hoje.

Boa parte dessas tratativas, contudo, enaltecendo os fatores econômicos ou de outras ordens, desconsidera a questão humana.

Por isso, diante da crise por que passa o Estado-nação hoje e em face da emergência de uma regulação supranacional, esse estudo, que é propositivo, aponta e sugere o caminho a ser trilhado, a fim de que tenha início a consecução de uma justiça verdadeiramente globalizada.

1 GLOBALIZAÇÃO

A definição do termo globalização¹ não se encontra suficientemente precisada. No entanto, ainda que muitas e diversas² sejam as tentativas de uma aproximação conceitual conferidas ao vocábulo, em todas elas há como fator comum: a ideia de compressão do binômio espaço-tempo³ e a noção de interdependência entre as nações.

A compressão do tempo e do espaço tem origem nas revoluções tecnológicas da comunicação, da informação e do transporte. É que, se antes, por exemplo, a informação somente seguia junto com o portador, com os avanços da rede mundial de computadores, isso já não é mais verdade. Além disso, as distâncias, diante da revolução dos transportes, são fácil e rapidamente superadas, pelo que há autores, inclusive, que sustentam ser “o fim da geografia”.

A noção de interdependência entre as nações, por sua vez, é relativa à situação de que, enquanto houve uma época em que os Estados-nação bastavam-se dentro de suas fronteiras – nas quais, aliás, eles exerciam efetivamente o poder – hoje não há como

¹ As expressões “global” e “globalização” “surgem no início dos anos oitenta em prestigiosas escolas americanas da administração de empresas, popularizam-se através das obras de conhecidos consultores de estratégia e marketing internacional, expandem-se pelo viés da imprensa econômica e financeira e, rapidamente, passam a ser assimiladas pelo discurso hegemônico neoliberal”. GÓMEZ, José María. “Globalização da política: mitos, realidades e dilemas”. In: GENTILI, Pablo. **Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. Petrópolis, Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 129.

² Isso ocorre porque a ambivalência ou imprecisão constitutiva por que passa o termo se deve à enorme variedade de fenômenos por ele abrangidos e impactos diferenciados em áreas financeira, comercial, produtiva, social, institucional, cultural, etc. p. 129. GÓMEZ, José María. “Globalização da política...cit.”, p. 129.

³ Sobre o assunto, esclarece Bauman que “a expressão ‘compressão tempo/espaco’ encerra a multifacetada transformação em curso dos parâmetros da condição humana”. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999. p. 07.

sustentar essa afirmação. E isso porque, no mundo atual, as fronteiras são, a cada dia, e sob cada vez mais aspectos, transponíveis e até mesmo apenas imaginárias. Hoje há a entrada e saída de mercadorias e serviços, de pessoas, de informações, de modo que nada parece escapar a essa mobilidade, o que evidencia também a interdependência.

1.1 Alguns paradoxos dela decorrentes

A globalização, que não é apenas fenômeno econômico,⁴ ainda que esse seja o aspecto mais difundido, é criada “pela convergência de fatores políticos, sociais, culturais e econômicos”.⁵ Diante dessa heterogeneidade de fatores, é correto afirmar que a globalização, ao mesmo tempo em que é um fenômeno global, também o é termos locais, já que nos afeta a todos.⁶

Esses efeitos, contudo, são diametralmente desiguais, já que, enquanto alguns se tornam plena e verdadeiramente globais, outros se fixam em sua localidade.⁷ Aliás, cada vez mais nossas ações têm consequências para o mundo, e os problemas “dos outros” não afetam somente a esses.

Assim, por exemplo, é possível compreender a razão pela qual o espaço, que antes representava condicionante, hoje, diante da facilidade de mobilidade, já não mais o é. Essa facilidade, no entanto e infelizmente, não é para todos. É que, enquanto para alguns (globalizados) as distâncias não implicam, de fato, uma fronteira sustentável no mundo real, já que, em sendo apenas um produto social, variam de acordo com a velocidade em que podem ser vencidas,⁸ para outros (localizados), essas mesmas fronteiras são absolutamente intransponíveis e, além disso, o interesse daqueles é exatamente esse, ou seja, de que se fixem em sua localidade e de lá não saiam nunca mais.

Essa situação, da mobilidade humana, somente é apreensível porque nem todos os referenciais se movem, ao contrário, a exata dimensão desse movimento decorre do fato de que, enquanto uns se movem, outros ficam parados – quer no tempo, quer no espaço.

Essa fluidez de espaço implica, também, a inexistência da necessidade de relacionar-se com o outro, pelo que a tolerância, o respeito e até mesmo o aceitar o diverso já não são essenciais ao convívio. Aliás, sustenta Zygmunt Bauman,⁹ que em localidades homogêneas, a aquisição das qualidades de caráter e das habilidades para lidar com o diferente e com

⁴ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução por Sandra Regina Netz. 6. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 61.

⁵ *Idem*, p. 61.

⁶ *Idem*, p. 61.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização...cit.**, p. 08.

⁸ *Idem*, p. 19.

⁹ *Idem*, p. 55.

a incerteza é cada vez mais difícil. Por conta disso, o outro passa a ser temido justamente por ser o outro, por não ser igual ou imediatamente previsível e compreensível.

No que tange ao capital, não é diferente. É que, em termos de mobilidade, esse, por não manter nenhum comprometimento com a alteridade, pode sempre e simplesmente evitá-la, migrando para locais mais vantajosos.¹⁰

Como se observa, do processo de globalização decorrem os mais variados efeitos paradoxais. Isso porque, enquanto o fenômeno representa a globalização das classes altas, que estão a cada dia mais incluídas, representa também a localização das classes baixas, que estão cada vez mais excluídas (social e espacialmente)¹¹. Daí porque falar-se em ricos globalizados e pobres localizados¹² e também que ao mesmo tempo em que a globalização divide, também une, ou seja, a causa da divisão é idêntica àquela que promove a uniformidade do globo¹³ e “ao invés de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais e espaciais tende a polarizá-la”.¹⁴

1.2 Divergências quanto aos modos de compreensão e origens

As divergências e antagonismos que circundam o fenômeno da globalização não se encerram nos aspectos referidos. Ao contrário, estendem-se também aos modos de sua compreensão e à sua origem.

No que tange ao modo de compreendê-la, conforme Anthony Giddens,¹⁵ há três diferentes escolas de destaque: os céticos, os hiperglobalizados e os transformacionistas.

Os céticos argumentam que o atual debate sobre a globalização discute algo que não é novo, mas que difere, hoje, apenas em termos de intensidade nas interações. Aliás, para essa corrente de pensamento, o mundo tornou-se menos e não mais integrado, à medida que hoje existem bolsões de atividades.¹⁶

Os hiperglobalizados adotam uma posição mediana, no sentido de que a globalização é “um processo dinâmico e aberto que está sujeito à influência e à mudança. Um

¹⁰ Aliás, afirma Bauman: os corpos poderosos não precisam de nenhuma ligação com seu ambiente terrestre para afirmar, fundar ou manifestar seu poder. *Idem*, p. 18 e 27.

¹¹ GÓMEZ, José María. “Globalização da política...cit.”, p. 154.

¹² Os que estão à margem da elite ficam oprimidos em suas localidades, “sufocados” em relação àqueles que são socialmente privilegiados, causando assim um certo sentimento de impotência e ao mesmo tempo de desejo em ser um “globalizado”, afinal “quem é livre para fugir é livre para escapar das consequências”. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização...cit.*, p. 16.

¹³ *Idem*, p. 08.

¹⁴ *Idem*, p. 25 e p. 8.

¹⁵ GIDDENS, Anthony. *Sociologia...cit.*, p. 66.

¹⁶ *Idem*, p. 66-67.

processo que se desenvolve de maneira contraditória”. Esses não crêem que os países estejam perdendo sua soberania, mas também sustentam que não se vive mais em um mundo centrado no Estado.¹⁷ Além disso, afirmam, ainda, “que a globalização é um fenômeno muito real, cujas consequências podem ser sentidas em quase todos os lugares (...) indiferente às fronteiras”.¹⁸ Nesse mundo, as forças de mercado são mais poderosas que os governos nacionais.¹⁹

Finalmente, os transformacionistas, adotando uma posição intermediária, no sentido de que globalização não é um processo de mão única, ao contrário, se trata de processo “descentrado” e reflexivo, caracterizado por conexões e fluxos que funcionam de um modo multidirecional.²⁰

Das três posições, segundo Giddens, a que parece estar mais próxima da correção é a dos transformacionistas, na medida em que, enquanto os céticos subestimam a intensidade das mudanças, os hiperglobalizadores vêem a globalização como um fato econômico, quando, em verdade, ela é sobremaneira mais complexa que isso.²¹

A origem, igualmente não unânime, diverge no fato de que, enquanto por um lado, há aqueles que sustentam se tratar de algo novo, sem qualquer paralelo possível na história,²² tanto em termos de intensidade quanto de alcance, há, por outro, aqueles que afirmam que, se quer dizer que com a globalização “cada parte do mundo é ligada por mercados que compartilham informações perto de tempo real, então isso não começou na última década de 70, mas nos anos de 1870”²³ ou mesmo os que sustentam que suas características já eram visualizadas em momentos históricos passados, nos antigos impérios, por exemplo,²⁴ ou ainda a possibilidade de se afirmar que já com os descobrimentos e navegações, o mundo começou a globalizar-se, já que iniciava aí, a interdependência”.

Seja como for, o fato é que parece inegável que a aceleração verificou-se nas últimas três ou quatro décadas, em face dos gigantescos avanços em termos de tecnologia de informação²⁵, na comunicação²⁶ e no transporte.²⁷

¹⁷ *Idem*, p. 68.

¹⁸ *Idem*, p. 67.

¹⁹ *Idem*, p. 67.

²⁰ *Idem*, p. 68.

²¹ *Idem*, p. 68.

²² MINHOTO, Antonio C. B. **Globalização e direito: o impacto da ordem mundial global sobre o direito.** São Paulo: J.de Oliveira Ed., 2004. p.20.

²³ HIRST, Paul e THOMPSON, G. **Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade.** Petrópolis: Vozes, 1998, p. 25-26.

²⁴ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros. 1999. p. 60.

²⁵ O transporte da informação teve papel decisivo nisso, já que anteriormente essa “movia-se apenas junto com os corpos dos seus portadores. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização...cit.**, p. 21 e 31.

²⁶ A comunicação barata, contudo, significou “rápido transbordamento, sufocamento e atropelamento da informação obtida, assim como a chegada veloz das notícias. *Idem*, p. 23.

²⁷ GIDDENS, Anthony. **Sociologia...cit.**, p. 60 e 62.

1.3 Fatores de sua crescente aceleração e consequências

Além disso, podem ser destacados como fatores da crescente globalização o colapso do comunismo de estilo soviético, já que “desde a queda do comunismo, países do antigo ‘bloco’ soviético (...) estão mudando para os sistemas político e econômico do estilo Oriental”²⁸ e também a criação de “mecanismos regionais e internacionais de governo”, (tais como a União Europeia) e por organizações intergovernamentais (OIGs) e organizações não governamentais (ONGs).²⁹

Finalmente, no que tange às consequências da globalização, essas têm largo alcance e afetam todos os aspectos do mundo social, de modo que alguns de seus resultados são tanto difíceis de prever, como de controlar.³⁰ E assim é porque, prossegue Giddens,³¹ boa parte das mudanças engendradas pela globalização são apresentadas com novas formas de risco, sobremaneira diferente dos perigos que existiam em épocas passadas. É que, diferentemente dos riscos de outrora, cujas causas eram estabelecidas e os efeitos conhecidos, os riscos de hoje são tão incalculáveis em suas origens, como indetermináveis em suas consequências.

1.4 A mudança de perspectiva

A mudança para essa perspectiva global tem resultado transformações significativas. Primeiro, no sentido de que “como membros de uma comunidade global” as pessoas cada vez mais percebem que a responsabilidade social não para nas fronteiras nacionais, mas se estende além delas³² e, em segundo, que “a perspectiva global significa que as pessoas estão cada vez mais buscando outras fontes, que não o Estado-nação, ao formular seu próprio senso de identidade”.³³

²⁸ *Idem*, p. 63.

²⁹ *Idem*, p. 63.

³⁰ *Idem*, p. 71.

³¹ *Idem*, p. 71. Antigamente falava-se em perigos (que eram riscos externos), que não tinham qualquer relação com ações humanas. Hoje, no entanto, confrontamo-nos cada vez mais com vários tipos de riscos produzidos, isto é, criados pelo impacto de nosso próprio conhecimento e da tecnologia sobre o mundo natural.

³² *Idem*, p. 65. Aliás, nesse sentido, continua Giddens, “os desastres e injustiças que as pessoas enfrentam do outro lado do globo não são simplesmente infortúnios que devem ser suportados, mas motivo legítimo para ação e intervenção. Há uma suposição crescente de que a comunidade internacional tem a obrigação de agir nas situações de crise para proteger o bem-estar físico e os direitos humanos das pessoas que vivem sob ameaça.”

³³ *Idem*, p. 65. “Isso porque o estado nação, enquanto fonte de identidade, está diminuindo em muitas áreas, à medida que as mudanças políticas em nível regional e global enfraquecem a ligação das pessoas com os estados em que vivem”.

2 O ESTADO-NAÇÃO

As principais características que apresenta um Estado-nação, segundo Giddens, são: soberania, cidadania e nacionalismo³⁴. A soberania refere-se ao fato de que o governo possui autoridade, exerce sobre uma área. A cidadania consiste no fato de que, “nas sociedades modernas, a maioria das pessoas que vivem dentro de limites de um sistema político é cidadã, as quais possuem direitos e deveres comuns e se consideram cidadãos de uma nação”. Finalmente, o nacionalismo refere-se com “conjunto de símbolos e convicções responsáveis pelo sentimento de pertencer a uma única comunidade política”.³⁵

No que tange à sua origem, além do fato de que cada Estado-nação surgiu em um momento diferente, igualmente não há um consenso “quanto à fase da história em que o nacionalismo, a nação e o Estado-nação se formaram”.³⁶

2.1 A crise atual

A despeito das divergências no que se refere à sua origem, a crise do Estado-nação³⁷ parece incontestável. Isso porque a impressão de que o Estado, por exemplo, expressa uma unidade interna é falsa. Para tanto, basta considerar que a diversidade na identidade cultural, por exemplo, revela o caráter plural das sociedades. Além disso, suas fronteiras, igualmente, estão sendo transpostas (tanto no que se refere a pessoas, como no que tange a mercadorias). A atual conjuntura revela que os Estados representam, agora, meras “autoridades locais do sistema global, encarregadas da proteção, da infraestrutura e dos bens públicos considerados essenciais pelo capital internacional”.³⁸

É que “num mundo em que o capital não tem domicílio fixo e os fluxos financeiros estão bem além do controle dos governos nacionais, muitas das alavancas da política econômica não mais funcionam”.³⁹ Além disso, os três pés do tripé da soberania (autossuficiência militar, econômica e cultural) foram quebrados e não há esperança de conserto.

³⁴ No que se refere a esses elementos, diversa é a posição de Paulo Bonavides. Para esse autor, a nação, organizada como Estado, compreende o princípio das nacionalidades e a soberania nacional. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 85-86.

³⁵ GIDDENS, Anthony. **Sociologia...cit.**, p. 343.

³⁶ *Idem*, p. 343.

³⁷ Um Estado, explica Giddens, “existe onde há um mecanismo político de governo (...) controlando determinado território, cuja autoridade conta com o amparo de um sistema legal e da capacidade de utilizar a força militar para implementar suas políticas. Nesse sentido, continua “todas as sociedades modernas são estados-nações, ou seja, estados nos quais a grande massa da população é composta por cidadãos que se consideram parte de uma única nação. *Idem*, p. 342.

³⁸ GÓMEZ, José María. “**Globalização da política...cit.**, p. 130.

³⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização...cit.**, p. 64.

Com efeito, não se espera mais que os novos Estados “exercam muitas das funções outrora consideradas a razão de ser das burocracias da nação-estado”. Aliás, no que tange ao definimento do Estado-nação, Bauman afirma que:

No cabaré da globalização, o Estado passa por um *strip-tease* e no final do espetáculo é deixado apenas com as necessidades básicas: seu poder de repressão. Com sua base material destruída, sua soberania e independência anuladas, sua classe política apagada, a nação-estado torna-se um mero serviço de segurança para as megas empresas. (...) Os novos senhores do mundo não têm necessidade de governar diretamente. Os governos nacionais são encarregados da tarefa de administrar os negócios em nome deles.

Aliás, não há sequer contradição lógica ou pragmática entre a nova extraterritorialidade do capital e a nova proliferação de Estados soberanos frágeis e impotentes, mas, ao contrário, “parece haver uma íntima afinidade, mútuo condicionamento e reforço entre a “globalização” de todos os aspectos da economia e a renovada ênfase do “princípio territorial”⁴⁰. Além disso, pode-se até mesmo “dizer que todos têm interesses adquiridos nos “Estados fracos”, isto é, nos Estados que são fracos mas mesmo assim continuam sendo Estados”.⁴¹ Estados nessas condições, aliás, constituem justamente o que a nova (des) ordem mundial “precisa para sustentar-se e reproduzir-se”.⁴²

De qualquer modo, o destino final de tudo isso está bem longe, já que o processo de globalização “continua aparentemente inexorável”⁴³ e o processo em curso de definimento das nações-estados está cercado de uma aura de catástrofe natural. Suas causas, além disso, não são plenamente compreendidas, do mesmo modo em que não podem ser previstas com exatidão, mesmo que conhecidas e, além disso, com certeza não poderiam ser evitadas, mesmo que previstas.

É que “ninguém parece estar no controle agora”,⁴⁴ Aliás, pior do que isso, “já não está claro nem mesmo o que seria, nas circunstâncias atuais, ‘ter o controle’”.

⁴⁰ *Idem*, p. 75.

⁴¹ *Idem*, p. 75.

⁴² *Idem*, p. 76.

⁴³ *Idem*, p. 76.

⁴⁴ *Idem*, p. 66.

3 POR JUSTIÇA E GOVERNANÇA GLOBAIS

Em razão disso, faz-se necessária a redefinição da missão do Estado, no sentido de uma governança global. É imprescindível que a Justiça, em especial no que tange ao respeito aos Direitos Humanos, igualmente ultrapasse as fronteiras nacionais, de modo que os direitos fundamentais pertençam a todos, não porque são nacionais de um ou outro país, mas pelo simples e decisivo fato de serem humanos.

Nesse diapasão, assiste razão à afirmação de Giddens no sentido de que simultaneamente à progressão da globalização, estruturas e modelos políticos existentes revelam-se incapazes para gerenciar um mundo cheio de riscos, desigualdades e desafios, que não são locais, mas sim transcendentais de fronteiras nacionais.

É que muitos processos que afetam a sociedade ao redor do mundo escapam ao controle dos atuais mecanismos governamentais. À luz desse 'déficit' governamental, há a reivindicação de novas formas de governança, capazes de enfrentar questões globais de um modo global, que poderiam ajudar a promover uma ordem mundial cosmopolita, em que seriam estabelecidos e observados regras transparentes e padrões de comportamento como a defesa dos direitos humanos.⁴⁵

Evidentemente, a mudança para a integração da humanidade num plano global ainda se encontra num estágio primitivo,⁴⁶ mas não está fora do alcance e tampouco é despropositado reafirmar a confiança no mundo social. Aliás, nesse sentido, Bobbio ressalta que:

a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final deste processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo.

E essa é a tarefa que, com efeito, parece ser a maior necessidade e o maior desafio enfrentados pelas sociedades no início do século XXI. Assim, é preciso efetivar a democracia pela inclusão, já que o Direito não é produto, mas veículo para afirmá-la. É necessário, pois, "uma igualização de direitos".⁴⁷

⁴⁵ GIDDENS, Anthony. *Sociologia...cit.*, p. 78.

⁴⁶ ELIAS, Norbert. *A sociedade de indivíduos*. Tradução por Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: J. Zahar Ed., 1994. p. 139.

⁴⁷ THERBOM, Göran. "Dimensões da globalização e a dinâmica das (des) igualdades". In: GENTILI Pablo (Org.) *Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 87.

Além disso, após decidir pela inclusão, é igualmente necessário que, considerando que a atitude de hoje condiciona o resultado do amanhã, ter em conta que, através de consenso e proposição, fixando os direitos humanos como uma espécie de novo direito natural,⁴⁸ estabelecendo regras jurídicas universais (já que o problema já atingiu essas dimensões). Aliás, a lição de Quintero Olivares é justamente nesse sentido, isto é, no que se refere a Direitos Humanos, é falsa a afirmação de que não pode haver uma base comum mínima para todo o planeta, razão pela qual se alcançou a convicção de que existe, de fato, uma nova espécie de direito natural, não criado por inspiração divina, mas expressão das conquistas realizadas até hoje.⁴⁹

A partir de então, ao contrário do que ocorre até agora, onde os direitos do cidadão (quando existem) não ultrapassam o quadro do Estado nacional,⁵⁰ é preciso que ocorra a passagem, em todos os aspectos, de estado-nacional para o transnacional e assim, por meio de “uma política de mundialização ‘por baixo’ – orientada por um novo internacionalismo de solidariedade e de cidade ampliada”,⁵¹ alcance-se, efetivamente, uma justiça global.

Finalmente, vale reconhecer, ainda, que a liberdade da não utilização da violência parece ter recebido, até o momento, uma atenção demasiadamente pequena. No entanto, esta é uma necessidade que, no correr do tempo – e contrariando as tendências opostas do Estado –, terá que se afirma a favor do indivíduo,⁵² já que a paz somente será alcançada quando a ausência de justiça não mais bloquear o caminho. Afinal, somente com a adoção de medidas como estas é que a globalização passará do significado polarização global para integração global.⁵³

⁴⁸ E natural também no sentido da desnecessidade de (regulação jurídica) posituação para vigência. Como algo anterior à norma, pertencente a todo indivíduo, não por pertencer a este ou aquele Estado-nação, mas sim por ser humano.

⁴⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **El Derecho penal ante la globalización**. In ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Coord.). **El Derecho penal ante la globalización**. Madrid: Colex, 2002. p. 12-13.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade II**. Tradução por: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 291

⁵¹ GÓMEZ, José María. **Globalização da política...cit.**, p. 173.

⁵² ELIAS, Norbert. **A sociedade de indivíduos...cit.**, p. 190.

⁵³ THERBOM, Göran. **Dimensões da globalização...cit.**, p. 91.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de globalização, cujas definições têm como fator comum a compressão do binômio espaço-tempo e a noção de interdependência entre as nações, afeta a todos, mas desigualmente. É que, ao mesmo tempo em que representa a globalização das classes altas, cada dia mais incluídas, representa também a localização das classes baixas, cada vez mais excluídas.

O reconhecimento dessa situação, leva à inexorável conclusão de que cada vez mais nossas ações têm consequências para o mundo e os problemas “dos outros” não afetam somente a esses. Assim, a mudança para uma perspectiva global tem resultados significativos no sentido de que, por um lado, como integrantes de uma comunidade global as pessoas percebem que a responsabilidade social não se limita às fronteiras nacionais, e, por outro, que, nesse contexto, as pessoas estão cada vez mais buscando outras fontes, que não o Estado-nação (que não mais expressa uma unidade interna), ao formular seu próprio senso de identidade.

Por conta disso, urge a necessidade da redefinição da missão do Estado, a fim de que, no sentido de governança e justiça globais, a proteção dos direitos humanos, igualmente ultrapasse as fronteiras nacionais. É que, em um mundo cheio de riscos, desigualdades e desafios, que transcendem às fronteiras nacionais, a solução só se inicia com o tratamento global da questão.

Assim, embora essa mudança para integração da humanidade em um plano global encontre-se em estágio primitivo, é certo que não é despropositado reafirmar a confiança em um mundo global. Ao contrário, o caminho parece estar justamente em, através de consenso e proposição, efetivar a democracia pela inclusão, de modo que os direitos humanos se estabeleçam como o novo direito natural e, por conta disso, pertençam a todos, não porque são nacionais de um ou outro país, mas pelo simples e decisivo fato de serem humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- ELIAS, Norbert. **A sociedade de indivíduos**. Tradução por Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: J. Zahar Ed., 1994.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução por Sandra Regina Netz. 6. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- GÓMEZ, José María. "Globalização da política: mitos, realidades e dilemas". In: GENTILI Pablo (Org.) **Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. Petrópolis, Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade II**. Tradução por: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.
- HIRST, Paul; THOMPSON, G. **Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade**. Petrópolis: Vozes, 1998.
- MINHOTO, Antonio C. B. **Globalização e direito: o impacto da ordem mundial global sobre o direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2004.
- THERBOM, Göran. "Globalização da política: mitos, realidades e dilemas". In: GENTILI Pablo (Org.) **Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. Petrópolis, Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Coord.). **El Derecho penal ante la globalización**. Madrid: Colex, 2002.

Orientações aos colaboradores da Revista Justiça e Sistema Criminal

Histórico e missão

A Revista Justiça e Sistema Criminal é um espaço para divulgação da produção científica e acadêmica de temas relativos ao sistema criminal, compreendendo aspectos relacionados tanto ao Direito e ao Processo Penal quanto à Criminologia, a Política Criminal, à Sociologia Jurídico-Penal e à Filosofia do Direito penal, que visa principalmente difundir modernas tendências das áreas referidas, em sentido crítico e evolutivo. Os temas principais estão vinculados ao desenvolvimento dos trabalhos do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal que reúne pesquisadores de diversas universidades e acadêmicos de graduação e pós-graduação da FAE Centro Universitário. Entre nossos leitores, encontram-se professores, alunos de graduação e pós-graduação, profissionais da área jurídica e consultores de empresas públicas e privadas.

Objetivo

O objetivo da Revista Justiça e Sistema Criminal é promover a publicação de temas relacionados ao Direito e ao Processo Penal quanto à Criminologia, à Política Criminal, a Sociologia Jurídico-Penal e à Filosofia do Direito penal.

Pretende-se contribuir para o desenvolvimento teórico do modelo de controle social criminal, através da difusão de ideias modernas e críticas que ajudem na construção de um perfil humanista do sistema criminal.

Assim, será dada prioridade à publicação de artigos que, além de inéditos, nacional e internacionalmente, tratem de temas contemporâneos relacionados com a matéria criminal e que tenham perfil preferencialmente crítico.

Orientação editorial

Os trabalhos selecionados pela Revista Justiça e Sistema Criminal serão aqueles que melhor se adequem às linhas de pesquisa desenvolvidas pelo Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal, acessíveis através da plataforma de grupos de pesquisa do CNPq.

Os trabalhos podem versar tanto sobre análises teóricas quanto de experiências da praxis jurídica, resultantes de estudos de casos ou pesquisas direcionadas que

exemplifiquem ou tragam experiências, fundamentadas teoricamente, e que contribuam com o debate estimulado pelo objetivo da revista.

Enfatiza-se a necessidade de os autores respeitarem as normas estabelecidas nas Notas para Colaboradores. Os trabalhos serão publicados de acordo com a ordem de aprovação.

Focos

O principal requisito para publicação na Revista Justiça e Sistema Criminal consiste em que o artigo represente, de fato, contribuição científica. Tal requisito pode ser desdobrado nos seguintes tópicos:

- O tema tratado deve ser relevante e pertinente ao contexto e ao momento e, preferencialmente, pertencer à orientação editorial.
- O referencial teórico-conceitual deve refletir o estado da arte do conhecimento na área.
- O desenvolvimento do artigo deve ser consistente, com princípios de construção científica do conhecimento.
- A conclusão deve ser clara e concisa e apontar implicações do trabalho para a teoria e/ou para a prática jurídico-penal. Espera-se, também, que os artigos publicados na Revista Justiça e Sistema Criminal desafiem o conhecimento e as práticas estabelecidas com perspectivas provocativas e inovadoras.

Escopo

A Revista Justiça e Sistema Criminal tem interesse na publicação de artigos de desenvolvimento teórico e prático forense.

Os artigos de desenvolvimento teórico devem ser sustentados por ampla pesquisa bibliográfica e devem propor novos modelos e interpretações para aspectos relacionados ao sistema criminal.

Os trabalhos empíricos devem fazer avançar o conhecimento na área, por meio de pesquisas metodologicamente bem fundamentadas, criteriosamente conduzidas e adequadamente analisadas.

Normas de Publicação Para os Autores

- Os trabalhos encaminhados para publicação na Revista “Justiça e Sistema Criminal” consideram-se licenciados a esta, pelo prazo de duração dos direitos patrimoniais do autor. Os trabalhos também poderão ser publicados em outros lugares, em qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica, mas a responsabilidade referente aos direitos de autor perante estas em face da publicação na Revista “Justiça e Sistema Criminal” serão de responsabilidade exclusiva do autor.
- Os trabalhos devem ser enviados pelo correio eletrônico, para o endereço revistajsc@sistemacriminal.org. Recomendamos a utilização do processador de texto Microsoft Word 97. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF, que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto.
- Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar o Arial, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
- Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará constar impreterivelmente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, fax e e-mail, e a autorização de publicação do artigo.
- As referências bibliográficas deverão ser de acordo com a NRB Go23/2002 da ABNT. Deverão constar nas referências: SOBRENOME, Nome do autor, título da obra em negrito, tradução. edição. local, editora e data.
- Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, e de um Sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos.
- Deverão ser destacadas as palavras-chave limitadas ao número de 05 (cinco) também em português e em outra língua estrangeira. (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto), as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.

- Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico. A introdução e bibliografia, no sumário, não deverá ser numerada.
- Não será prestada nenhuma remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos. Em contrapartida, o colaborador receberá 02 (dois) exemplares do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado ou do produto digital quando contido em suporte físico.
- Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.
- A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista. Todos os trabalhos serão primeiramente lidos pelos coordenadores das Revistas que os distribuirão, conforme a matéria, para os conselheiros ou ainda para pesquisadores que não sejam conselheiros da Revista, mas tenham reconhecida produção científica na área. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-lo e reencaminhá-lo para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise dos trabalhos. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

Permuta

A Revista Justiça Criminal faz permuta com as principais faculdades e universidades do Brasil, da Espanha, da Argentina e da Nicarágua.

Envio de artigos

Os artigos deverão ser encaminhados para:

FAE Centro Universitário - Grupo de Pesquisas Modernas Tendências do Sistema Criminal

Rua 24 de Maio, 135

80230-080 Curitiba -PR

Email disponível no site www.sistemacriminal.org

Fone: (41) 2105-4098 - Fax (41) 2105-4195

Agradecemos o seu interesse pela Revista Justiça e Sistema Criminal e esperamos tê-lo(a) como colaborador(a) frequente.

