



FGV DIREITO SP

RESPONSABILIDADE E PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PESQUISA

acadêmica
LIVRE

*Marta R. de Assis Machado
Flavia Portella Püschel
(Orgs.)*

LIVRE *para*

pensar

ler

copiar

partilhar

A Coleção Acadêmica Livre publica obras de livre acesso em formato digital. Nossos livros abordam o universo jurídico e temas transversais por meio das mais diversas abordagens. Podem ser copiados, compartilhados, citados e divulgados livremente para fins não comerciais. A coleção é uma iniciativa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) e está aberta a novos parceiros interessados em fornecer acesso livre a seus conteúdos.

Esta obra foi avaliada e aprovada pelos membros de seu Conselho Editorial.

Conselho Editorial

Flavia Portella Püschel (*FGV DIREITO USP*)

Gustavo Ferreira Santos (*UFPE*)

Marcos Severino Nobre (*Unicamp*)

Marcus Faro de Castro (*UnB*)

Violeta Refkalefsky Loureiro (*UFPA*)

 **FGV DIREITO SP**

acadêmica
LIVRE

PESQUISA

RESPONSABILIDADE E PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Desafios teóricos, políticas públicas
e o desenvolvimento da democracia

Marta Rodriguez de Assis Machado
Flavia Portella Püschel

Orgs.

*Álvaro Pires
Angelica Romero
Bernd Heinrich
Bernd Schönemann
Davi Paiva Tangerino
Hans-Jörg Albrecht
Jan-Michael Simon
Klaus Günther
Leonardo Sica
Luis Fernando Schuartz
Luis Greco
Luiz Guilherme Mendes de Paiva
Maíra Rocha Machado
Margarida Garcia
Pablo Galain
Pierpaolo Cruz Bottini
Urs Kindhäuser*



AASP
Associação dos Advogados
São Paulo | Desde 1943

Os livros da Coleção Acadêmica Livre podem ser copiados e compartilhados por meios eletrônicos; podem ser citados em outras obras, aulas, sites, apresentações, blogues, redes sociais etc., desde que mencionadas a fonte e a autoria. Podem ser reproduzidos em meio físico, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais.

A Coleção Acadêmica Livre adota a licença Creative Commons - Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional, exceto onde estiver expresso de outro modo.

**Editora**

Catarina Helena Cortada Barbieri

Assistente editorial

Bruno Bortoli Brigatto

Edição de originais

Daniel Rodrigues Aurélio (Barn Editorial)

Preparação de originais

Karina Tambellini

Revisão

Frederico Helou Doca de Andrade

Projeto gráfico da coleção

Ultravioleta Design

Capa e editoração

Barn Editorial

Imagem da capa

Sergei Bachlakov/ Shutterstock.com

Conceito da coleção

José Rodrigo Rodriguez

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas – SP

Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito [recurso eletrônico] : desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia / Marta Rodriguez de Assis Machado e Flavia Portella Püschel (orgs). – São Paulo : FGV Direito SP, 2016.
529 p.

ISBN: 978-85-64678-23-1

1. Responsabilidade penal - Brasil. 2. Direito penal - Brasil. 3. Direitos humanos. I. Machado, Marta Rodriguez de Assis. II. Püschel, Flávia Portella. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 343.222(81)

Publicado em outubro de 2016.

FGV Direito SP**Coordenadoria de Publicações**

Rua Rocha, 233, 11º andar

Bela Vista – São Paulo – SP

CEP: 01330-000

Tel.: (11) 3799-2172

E-mail: publicacoes.direitosp@fgv.br

RESPONSABILIDADE E PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DESAFIOS TEÓRICOS, POLÍTICAS PÚBLICAS E O DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA

sumário

PREFÁCIO	8
ABREVIATURAS PRINCIPAIS	11
PARTE 1	
POLÍTICA CRIMINAL, RISCO E RESPONSABILIZAÇÃO NO DEBATE CONTEMPORÂNEO	
<hr/>	
SOMENTE EM UMA SOCIEDADE HUMANA TODO ATO TEM SEU AUTOR	15
<i>Klaus Günther</i>	
NOTAS	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39
DIREITO PENAL E PERICULOSIDADE: A POLÍTICA CRIMINAL ENTRE PREVENÇÃO, COMBATE A PERIGOS E RETRIBUIÇÃO DE CULPA	41
<i>Hans-Jörg Albrecht</i>	
NOTAS	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78
DIAGNÓSTICO DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA (1984-2009)	85
<i>Luiz Guilherme Mendes de Paiva</i>	
NOTAS	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98
CULPABILIDADE JURÍDICO-PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	101
<i>Urs Kindhäuser</i>	
NOTAS	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120
CULPABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	121
<i>Davi de Paiva Costa Tangerino</i>	
NOTAS	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128

A FUNÇÃO COMUNICATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: EVIDÊNCIAS A PARTIR DE UM CASO DE IMPUNIDADE	129
<i>Flavia Portella Püschel</i>	
NOTAS	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	146
ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE E RISCO: APRENDENDO A LIDAR COM O QUE PODE DAR ERRADO	147
<i>Luis Fernando Schuartz</i>	
NOTAS	164
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	166
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PRODUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA E SEU CONTROLE JUDICIAL	167
<i>Pierpaolo Cruz Bottini</i>	
NOTAS	193
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	199
PARTE 2	
CRISE E ALTERNATIVAS À PENA	
<hr/>	
AS RELAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS DE IDEIAS: DIREITOS HUMANOS E TEORIAS DA PENA FACE À PENA DE MORTE	205
<i>Álvaro P. Pires e Margarida Garcia</i>	
NOTAS	244
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	252
PUNIÇÃO, CULPA E COMUNICAÇÃO: É POSSÍVEL SUPERAR A NECESSIDADE DA INFLIÇÃO DE SOFRIMENTO NO DEBATE TEÓRICO SOBRE A PENA?	255
<i>Marta Rodriguez de Assis Machado</i>	
NOTAS	272
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	278
REFLEXÕES SOBRE ALTERNATIVAS À PENA E UMA APROXIMAÇÃO À ALTERNATIVIDADE PENAL	281
<i>Pablo Galain Palermo</i>	
NOTAS	305
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	318
MEDIAÇÃO E RECONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE REGULAÇÃO SOCIAL "CRIME-PENA"	329
<i>Leonardo Sica</i>	
NOTAS	349
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	354

INTERVENÇÃO POLÍTICA NA SENTENÇA DO DIREITO? OS FUNDAMENTOS CULTURAIS DA PENA MÍNIMA	361
<i>Álvaro Pires e Máira Rocha Machado</i>	
NOTAS	392
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	399

PARTE 3
QUESTÕES ATUAIS E DESAFIOS AO DIREITO PENAL

A CHAMADA “CRISE FINANCEIRA”: FALHA SISTÊMICA OU CRIMINALIDADE GLOBALMENTE ORGANIZADA?	405
<i>Bernd Schünemann</i>	
NOTAS	425
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	429

EXISTEM CRITÉRIOS PARA A POSTULAÇÃO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS?	433
<i>Luís Greco</i>	
NOTAS	448
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	457

TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS?	465
<i>Jan-Michael Simon</i>	
NOTAS	472
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	474

A RESPONSABILIDADE PENAL DE EDITORES DE JORNAIS E DE OUTROS VEÍCULOS PELA CRIAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIAS	477
<i>Bernd Heinrich</i>	
NOTAS	492
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	495

A DEFINIÇÃO DE “ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA” NO DIREITO PENAL ALEMÃO: UMA ANÁLISE DE SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	497
<i>Angélica Romero Sánchez</i>	
NOTAS	513
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	523

SOBRE OS AUTORES	527
-------------------------	-----

PREFÁCIO

Este livro é resultado do projeto de pesquisa interdisciplinar Responsabilidade e Risco, iniciado em 2006, que tinha por objetivo investigar o impacto das transformações contemporâneas no processo jurídico de atribuição de responsabilidade, tanto sob o ponto de vista da estrutura dos processos de imputação, como da própria organização do Direito e suas divisões em áreas, com funções definidas. Um dos momentos que condensou nossa reflexão foi a realização, em outubro de 2009, do Congresso Brasil-Alemanha: Responsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito, na Associação dos Advogados em São Paulo.

Os textos que publicamos aqui têm lastro nesse evento. Mas, especialmente em razão da distância entre o evento e esta publicação, não trazemos apenas a reprodução do que foi discutido no Congresso. Alguns autores optaram por publicar sua fala original, e outros, nos anos que se passaram entre o evento e esta publicação, deram continuidade ao trabalho com seus temas, desenvolvendo artigos a partir de suas falas, o que explica também a diferença de registro entre os textos reunidos neste livro.

O objetivo central do Congresso – e também do livro – foi o de tentar construir um diagnóstico das principais mudanças que vêm ocorrendo no Direito Penal contemporâneo e, a partir daí, refletir sobre as consequências desse processo.

É possível afirmar de modo relativamente generalizável, pelo menos para as sociedades ocidentais, que a regulação penal se expandiu nas últimas três décadas: abrange áreas que não eram reguladas, criminaliza mais condutas e atinge mais pessoas. Há diversos diagnósticos – ora concorrentes, ora complementares – que buscam compreender esse fenômeno: a “sociedade de risco”; a ampliação dos processos de responsabilização individual; as reformas do Estado com o declínio do paradigma do Estado social; a acentuação de processos de exclusão social; o uso populista do Direito Penal etc.

O grupo de juristas que se reuniu em 2009 e que agora se reencontram neste volume estão especialmente preocupados com as consequências da tendência atual de antecipação, expansão e endurecimento da intervenção penal nos processos de atribuição de responsabilidade jurídica. Os textos aqui

reunidos, cada um à sua maneira, tratam dos desafios hoje em dia impostos aos conceitos operativos da dogmática, aos discursos justificadores da intervenção penal (teorias da pena criminal), bem como à delimitação tradicional entre as áreas do Direito – por exemplo, entre Direito Penal e Civil. Uma preocupação perpassa a maior parte das abordagens: o risco de que as novas estruturas regulatórias criadas para lidar com novas formas de criminalidade desencadeiem processos de diminuição de liberdades e relativização de garantias fundamentais, esbarrando nos limites do Estado de Direito.

No campo penal, a gramática do crime e da pena, ao ser aplicada a fenômenos inusitados para sua tradição, parece estar dando sinais de esgotamento. Diante da complexidade dos fenômenos com os quais o Direito Penal começa a lidar, as categorias jurídicas sofrem uma espécie de esgarçamento e vêm enfrentando dificuldades de intervir e de reverter os riscos de expansão do Direito Penal e de sobrerresponsabilização do indivíduo.

Diagnósticos nesse sentido vêm ensejando intensa discussão sobre a necessidade de renovação dos instrumentos dogmáticos. Esse processo, longe de ser apenas negativo, pode abrir espaço para pensar novas formas de responsabilização e individualização na sociedade contemporânea. Tais mudanças deverão, necessariamente, ganhar a forma de categorias dogmáticas adequadas para lidar com os problemas de hoje. A nosso ver, é importante pensar tal adequação tanto do ponto de vista de sua funcionalidade quanto de sua legitimidade democrática.

A junção de autores que discutem temas de dogmática penal com autores que tratam diretamente do problema da legitimidade democrática da intervenção do Direito revela nosso ponto de partida para pensar esses problemas dentro do campo do Direito: entendemos que o papel da dogmática não se esgota apenas no momento descritivo-analítico; não deve apenas fornecer instrumentos para descrever adequadamente o funcionamento dos sistemas penais contemporâneos, mas deve permitir vincular suas explicações à ideia de legitimidade democrática. Nesse sentido, a divulgação desse debate, ainda que desenvolvido em linguagem técnica, nos é muito cara.

De há muito tempo, a dogmática penal brasileira tem sido largamente influenciada pela dogmática alemã. Neste momento, em que teóricos dos dois países têm refletido sobre os problemas acima mencionados, este livro pretende

contribuir para o estabelecimento de um debate direto entre professores e pesquisadores brasileiros e alemães com o objetivo de iluminar os conceitos e as soluções dogmáticas que cada país tem adotado.

Sem fechar os olhos às peculiaridades de cada país e de cada campo a ser regulado, esperamos que o atual momento de crise e a troca de experiências abram caminhos para se pensar soluções jurídicas criativas para vários problemas contemporâneos ligados à responsabilidade jurídica.

Gostaríamos de agradecer a todos que colaboraram para que o Congresso e este livro se tornassem possíveis. À Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), cofinanciadora do evento e patrocinadora da tradução dos artigos de autores estrangeiros agora publicados. Ao Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), à FGV Direito SP, à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL-MJ) e à Editora Saraiva, demais cofinanciadoras do Congresso.

A Davi de Paiva Costa Tangerino e Jan-Michael Simon, coorganizadores do Congresso, Leonardo Sica, Tirso de Assis Machado, Yuri Corrêa da Luz, Luisa Moraes de Abreu Ferreira, Beatriz Corrêa Camargo, Anderson Lobo da Fonseca, Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, Alberto Zacharias Toron e Celso Sanchez Vilardi, pelo apoio inestimável.

**Marta Rodriguez de Assis Machado
e Flavia Portella Püschel**

ABREVIATURAS PRINCIPAIS

AfP	Archiv für Presserecht
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz 1961)
AT	Allgemeiner Teil des StGB
BB	Betriebs-Berater
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BT	Besonderer Teil
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln
DÖV	DieÖffentliche Verwaltung
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht, früher Archiv für Strafrecht und Strafprozeß
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LK	Leipziger Kommentar
MedR	Medizinrecht
MK	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Neue Kriminalpolitik
NK-StGB	Nomos Kommentar Strafgesetzbuch

NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
RG	Reichsgericht
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnun
StraFo	Strafverteidiger-Forum
StV	Strafverteidiger
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

PARTE 1

**POLÍTICA CRIMINAL, RISCO E RESPONSABILIZAÇÃO
NO DEBATE CONTEMPORÂNEO**

SOMENTE EM UMA SOCIEDADE HUMANA TODO ATO TEM SEU AUTOR¹

Klaus Günther

Tradução do Alemão: Yuri Corrêa da Luz

No ano de 1924, um terrível crime chocou a opinião pública da República de Weimar. Utilizando-se de uma faca de caça e de um machado, o representante comercial Fritz Angerstein assassinara brutalmente sua esposa e outras cinco pessoas. Tendo praticado uma série de desfalques na empresa em que trabalhava, Angerstein encontrava-se sob forte pressão, mas a falta de relação entre essa possível motivação e seu comportamento era tão misteriosa que acabou tornando-se objeto de controvérsia entre os especialistas psiquiátricos que atuavam junto ao tribunal que julgou o caso.

Siegfried Kracauer – um jovem arquiteto de Frankfurt que, além de mentor filosófico de Theodor W. Adorno e autor de estudos sociológicos, era sobretudo um famoso colunista do *Frankfurter Zeitung* – escreveu sobre o julgamento.² Em sua última coluna sobre o caso Angestein, Kracauer enfatizou mais uma vez o absurdo e a estranheza dos atos que, assim que praticados, pareciam ter se “descolado” do homem que os cometera, posto que ele não parecia de forma alguma um grande criminoso, mas sim a personificação de um “homem honrado”: “e o crime praticado apresentava-se de modo independente, como um fato isolado, ao qual faltava uma origem adequada”. Tratar-se-ia, na realidade, de um ato sem autor. Kracauer interpretou esse fenômeno como um “alerta a respeito de um mundo no qual as coisas, em uma lógica reificada, teriam assumido o domínio sobre a alma das pessoas”, e terminou seu relato com uma frase que, ao menos à primeira vista, parece bastante enigmática: “somente em uma sociedade humana é que todo ato tem seu autor”.

Nas páginas a seguir, não pretendo discutir as narrativas de Kracauer. Na realidade, meu objetivo é apenas, partindo dessa frase misteriosa, convidar o leitor a refletir sobre questões que, muito embora possam não corresponder ao que Kracauer tinha em mente, talvez sejam capazes de nos fornecer uma compreensão diferente sobre o Direito Penal e sobre sua legitimidade. Para tanto, a hipótese que pretendo seguir é a de que apenas em uma sociedade

humana organizada de maneira legítima podem os atos ser imputados legitimamente a seus autores.

Essa ideia pode, à primeira vista, soar paradoxal. Afinal, uma sociedade realmente humana, que levasse a sério essa característica, não seria justamente aquela na qual não ocorreria nenhum crime? Uma sociedade propriamente humana não seria aquela cujas condições econômicas, políticas e morais seriam capazes de inibir por completo as causas externas e internas da criminalidade (com exceção, talvez, daquela decorrente da falta de cuidado ou de expectativas equivocadas sobre o desfecho de determinados comportamentos arriscados)? Parodiando uma famosa frase do Galileu brechtiano, alguém poderia dizer que, assim como é triste a terra que necessita de heróis, uma terra feliz não necessita de criminosos.

Ademais, essa ideia causa irritação também por outro motivo: se partirmos do princípio de que a existência de uma sociedade humana é condição necessária para que alguém possa ser considerado autor de seus atos, não teríamos então que concluir que, em uma sociedade que não disponha (ou apenas disponha de forma restrita) dessa característica de “humanidade”, os delitos não poderiam ser tidos como praticados por autor nenhum? Se seguimos nessa esteira, nós estaríamos, então, diante do paradoxo de uma sociedade **humana** em que existem autores, mas não existem atos delitivos, de um lado, e de uma sociedade **não humana** em que existem atos delitivos, mas não existem autores, de outro. E, tanto em um caso quanto em outro, não seria possível dizer que todo delito tem seu autor.

Essa conclusão sobre a relação entre delito e autor percebe-se mais claramente no caso da sociedade **não humana**. Com efeito, quando estamos diante de um regime injusto, que torna penosa a vida das pessoas, oprimindo-as e humilhando-as por meio de discriminações arbitrárias, ou mesmo quando nos deparamos com um quadro de extrema desigualdade na distribuição de bens básicos, que não deixa aos famintos e aos oprimidos nenhuma alternativa de sobrevivência além da prática constante de furtos, parece questionável imputar a essas pessoas seus atos, tornando-as responsáveis por um crime e punindo-as pelo que cometeram. Afinal, estaríamos atribuindo a um indivíduo a responsabilidade que, em realidade, deveria estar sendo imputada aos outros. É claro que esse é apenas um exemplo extremo

de como determinadas circunstâncias sociais podem colocar em questão a decisão de atribuir exclusivamente ao indivíduo a responsabilidade por atos provocados e motivados por diversos outros fatores. De certa forma, isso vale também para o caso Angerstein, ocorrido em um período de dificuldades políticas e econômicas pelas quais passava a República de Weimar.

A pergunta que esse caso levanta é: como deve ser vista uma sociedade que oprime tanto um homem e o submete – como sugeria Kracauer – a relações tão coisificadas e reificadas que ele decide assassinar sua mulher e outras cinco pessoas? E se observarmos bem, até mesmo em sociedades marcadas pela presença de um Estado Democrático de Direito mais ou menos consolidado (tal como ocorre nos países ocidentais relativamente mais ricos) as práticas delitivas normalmente nos remetem a certa debilidade na situação de vida de seus autores, a circunstâncias sociais, biográficas e familiares capazes de explicar por que determinado crime foi praticado, ou mesmo a déficits psíquicos indicativos de inimputabilidade que tornam questionável a atribuição de responsabilidade individual em muitos casos. Com que fundamento, então, a sociedade se dá o Direito de, a despeito de todas essas circunstâncias desfavoráveis, ainda assim atribuir a uma pessoa a responsabilidade por determinado crime? Ou em outras palavras: em que se fundamenta o Direito de se referir a alguém como “autor” de um ato delitivo, afirmando-se ser sua a responsabilidade pelo ocorrido?

AS NORMAS JURÍDICAS PRESSUPÕEM UMA CAPACIDADE AUTÔNOMA DE OBSERVÂNCIA DO DIREITO

Uma primeira tentativa de resposta a essas perguntas pode ser ensaiada quando notamos que todo ato delitivo é avaliado com base em normas jurídicas. Essas consistem em normas de comportamento que proíbem, exigem ou autorizam determinada conduta. Enquanto tais, elas estão dirigidas a pessoas e operam por meio de ao menos três presunções generalizadoras: em primeiro lugar, presume-se que o comportamento exigido faça referência a fatos relativamente controláveis do mundo objetivo; desse modo, apenas se pode exigir de uma pessoa que ela não dê causa a resultados que são, sob circunstâncias normais, evitáveis pela ação humana³. Em segundo lugar, presume-se que os destinatários das normas são, em regra, capazes de observar o Direito no caso concreto; nesse

plano, presume-se que as pessoas são capazes de controlar suas ações e elevar as normas jurídicas ao *status* de razão determinante de seus comportamentos; ademais, presume-se também que essa capacidade de autocontrole voltada à observância das normas não constitui nem uma pretensão inexigível nem uma sobrecarga para os indivíduos: *ultra posse nemo obligatur* (Ninguém é obrigado além do que pode). Por fim, presume-se ainda que os destinatários das normas não apenas são **capazes** de observá-las, como ainda estão **dispostos** a fazê-lo – sendo que, para o Direito, ao contrário do que ocorre com a moral, pouco importa saber como surge essa motivação: se por medo de uma sanção, por um cálculo de custo-benefício, por hábito ou por um entendimento autônomo que considera legítima a regra respeitada.

Nesse plano, a ameaça de imposição de pena, prevista em uma norma de sanção, em nada afeta a existência da presunção de que os destinatários das normas são capazes de observá-las autonomamente. Ao contrário do que ocorre com técnicas de manipulação de comportamento, ou mesmo de formas manifestas de ameaça e de violência corporal, a ameaça de sanção opera com a liberdade das pessoas de se decidirem pela sanção (ou contra ela). Sem dúvida, existem ordens normativas terroristas que restringem essa liberdade de escolha àquela de uma vítima desafiada por um ladrão a optar entre “o dinheiro ou a vida!”. Esse tipo de exigência de respeito às normas, que se baseia apenas na ameaça de sanção, estaria caracterizado pela notória desconfiança de que os destinatários das normas utilizariam sua autonomia apenas para satisfazer seus próprios interesses de curto prazo.

Tal desconfiança, contudo, não iria tão longe a ponto de ultrapassar totalmente os limites da confiança básica nas capacidades autônomas de compreensão e de autocontrole das pessoas. Sendo esse o caso, os comportamentos não seriam mais guiados por normas jurídicas, mas sim por estruturas de vigilância, de controle, de condicionamento e de manipulação. Em oposição a isso, o direcionamento de condutas por meio de normas jurídicas permanece operando com a liberdade de que dispõem seus destinatários para se controlarem e, eventualmente, se comportarem de modo desviante⁴. Um sistema forjado sobre essa premissa assume, portanto, o risco de que uma pessoa diga “não!” diante da pretensão de respeito às normas, optando assim por não as observar. Esse risco, contudo, acaba sendo o preço a ser pago para

que tenhamos um Direito que, ainda que não exclusivamente, confie na observância autônoma das normas por parte de seus destinatários, e não apenas em ameaças de sanção e em estruturas de vigilância e controle. Tudo isso pressupõe a adoção de um ponto de vista interno ao Direito, isto é, uma atitude crítica-reflexiva perante as normas jurídicas de uma determinada sociedade, atitude essa que permite tanto acatar uma regra quanto opor-se a ela. Onde o risco de ocorrência dessa última hipótese pareça muito significativo, sempre restará a possibilidade de intensificação do uso de mecanismos de controle externo.

Somente quando preenchidos esses requisitos é que podemos imputar a uma pessoa individualmente e torná-la responsável pela violação de uma regra. Os destinatários das normas são individualmente competentes para observar o Direito, de forma que podem ser imputados caso violem esse dever, tendo de responder individualmente por seus atos caso isso ocorra. Se e como os entes coletivos também poderiam ser responsabilizados por seus atos são questões que fogem ao escopo desse estudo.

ALTERNATIVAS À IMPUTAÇÃO INDIVIDUALIZADORA

No entanto, a imputação individualizadora e a responsabilização individual não são as únicas formas de se reagir à violação de uma norma. Pelo contrário, toda frustração de expectativas normativas socialmente generalizadas pode ser atribuída a diversos outros fatores e atores, cabendo citar, pelo menos, três diferentes alternativas: em primeiro lugar, o resultado lesivo pode ser atribuído a uma determinada relação de causa e efeito descrita naturalisticamente; ou seja, é possível que o dano seja, em última instância, imputado à própria *natureza*. Em segundo lugar, ele pode ser atribuído à sociedade na qual vive o indivíduo agente. Finalmente, pode ainda ser atribuído à *vítima*, como a pessoa que teve sua expectativa frustrada, ou a vítima pode imputar-se a si mesma e considerar-se responsável.

A imputação à natureza remete o ocorrido aos processos que determinam o comportamento humano – sejam aqueles que ocorrem com certa regularidade estatística, sejam aqueles que respeitam alguma lei natural. Tais processos podem ser físicos, biológicos, neurológicos ou até mesmo psicológicos, sendo que a importância dada a essas determinações pode variar sensivelmente.

Uma vez imputada à natureza, estamos diante de uma explicação causal para a violação da norma, por meio da qual se reconhece que leis da natureza e outros constrangimentos irresistíveis determinam o comportamento de uma pessoa. Assim, partindo da perspectiva do indivíduo que atuou, a ocorrência do resultado danoso explicado causal e naturalisticamente aparece como algo contingente, isto é, como resultado do acaso contra o qual ninguém pode fazer nada.

Em oposição a essa imputação à natureza, o que ocorre na atribuição de responsabilidade individual é que os processos causais que vão além das características e da capacidade de determinada pessoa são relativamente desconsiderados, ainda que não sejam totalmente ignorados. No limite, assumimos que seriam os desejos e as convicções de determinado indivíduo que teriam ocasionado seu ato, sendo que apenas em casos excepcionais levamos em conta algumas características pessoais do agente, precisamente porque algumas delas podem afetar a sua capacidade de compreensão e de autocontrole. Nesse sentido, costuma-se dizer que a pessoa é o ponto final da imputação.

Em circunstâncias normais, nós assumimos que os desejos e as convicções de todo indivíduo remontam a ele próprio, isto é, remontam a razões que ele sustenta perante si mesmo e perante as demais pessoas. Nós fazemos isso porque entendemos que, ainda que nossos comportamentos sempre possam ser explicados causalmente por determinações as mais variadas, essas apenas são relevantes quando temos motivos para acreditar que elas não sejam razões *próprias* daquela pessoa, vale dizer, razões que ela mesma assumira como determinantes para suas ações. Essa ideia foi resumida de forma exemplar por Kelsen:

[...] não se imputa algo ao homem por ele ser livre, mas, ao contrário, o homem é livre precisamente porque a ele se imputa algo [...]. O homem é livre porque é tido como ponto final da imputação de seus atos. E ele pode ser este ponto final mesmo que seu comportamento seja causalmente determinado⁵.

Nesse contexto, uma imputação à sociedade apenas tem lugar quando a violação da norma não pode ser atribuída exclusivamente a um indivíduo, devendo, pelo contrário, se reconhecer que as razões e causas de suas ações

encontram-se no seio da própria sociedade na qual ele vive. Como exemplo dessas circunstâncias, podemos citar uma estrutura social que exclui alguns de seus membros do usufruto de condições de vida básicas, deixando a eles poucas alternativas à prática de comportamentos desviantes; igualmente, podemos citar também uma série de déficits de socialização que impelem algumas pessoas a desenvolver uma identidade mais propensa ao cometimento de atos delitivos; finalmente, podemos mencionar a existência de conflitos de caráter coletivo que tornam compreensível imputar à sociedade eventuais violações individuais que possam vir a ocorrer a partir deles. De qualquer modo, é preciso não esquecer que as próprias normas sociais constituem um dos fatores que, indireta ou diretamente, contribuem para a existência de comportamentos desviantes. Essa lição, que remonta à teoria do *labeling approach*, é importante para que lembremos que não existe nenhum comportamento “naturalmente” delitivo, posto que qualquer ato apenas adquire essa característica após ser objeto de processos de atribuição de significado conduzidos no âmbito de interações propriamente *sociais*. Embora isso se aplique indistintamente a toda violação de regras, é preciso notar algumas nuances quando se trata de avaliar a legitimidade de algumas normas. Normas cuja legitimidade é questionável ou cuja ilegitimidade é patente podem acabar demandando de determinados grupos sociais a realização de comportamentos inexigíveis, tal como ocorre com regras que exigem a adoção de condutas contrárias à convicção moral de determinadas pessoas, que negam sua identidade social e cultural, ou que envolvem a aceitação de discriminações injustificadas – como as normas de um regime de *apartheid*, que punem o relacionamento sexual e o casamento entre integrantes de grupos étnicos diferentes, ou que sancionam quem não denunciar pessoas investigadas pertencentes a uma minoria oprimida.

Finalmente, uma atribuição de responsabilidade feita não à sociedade como um todo, mas a um de seus membros, pode ainda ser dirigida àquele cuja expectativa normativa foi diretamente violada, vale dizer, à pessoa afetada pelo comportamento desviante. Nesse caso, imputa-se à *vítima* a violação da norma, tomando-se como fonte do conflito seu *próprio* comportamento e obrigando-a a organizar-se no futuro de modo diferente, para que tais danos possam ser evitados. Nesse contexto, então, a vítima acaba

tendo que “aprender”, assim como a sociedade quando esta é chamada a modificar suas circunstâncias indutoras de comportamentos desviantes. Em oposição às imputações à vítima e à sociedade, a responsabilização da pessoa que viola a norma localiza a causa do conflito no comportamento praticado por ela própria, e não nas ações ou omissões de terceiros.

Todas essas modalidades de imputação podem ser processadas simultaneamente, sem que seja necessário deixar de lado a atribuição de responsabilidade pessoal. Assim, por exemplo, no caso de um homicídio cometido sob forte emoção, pode-se levar em conta o fato de o agente ter sido de alguma forma provocado a praticar o ilícito. Também é possível atribuir determinado comportamento simultaneamente à sociedade e ao autor, responsabilizando-se ambos pelo cometimento de determinado delito; nesse caso, pode-se assumir que condições sociais desfavoráveis ou uma estrutura social injusta não necessariamente afastam a responsabilidade do agente, entendendo-se possível, contudo, a atenuação de sua pena, caso essas circunstâncias sejam tão adversas que a observância do Direito, no caso concreto, ainda que permaneça como dever do agente, o é apenas em um grau reduzido.

Do mesmo modo, tampouco as imputações à natureza e ao autor precisam excluir-se mutuamente. Kelsen já notara ser possível a coexistência de uma explicação causal e de uma imputação pessoal sobre o mesmo fato. Para quem, como Kelsen e sua escola neokantista, sustenta um dualismo ontológico e metodológico entre o mundo sensível e o mundo inteligível – assim como entre o mundo da natureza determinado por leis causais e o mundo ideal dos valores, das normas, das instituições e dos sistemas simbólicos, entre o explicar e o compreender, entre a perspectiva do observador e aquela do participante, e entre atos proposicionais e atos performativos –, as explicações causais de um comportamento humano fazem parte de um contexto diverso daquele das imputações e das atribuições de responsabilidade.

Ademais, é importante notar que uma explicação causal pode ser tão individualizadora quanto a atribuição de responsabilidade a uma pessoa. Basta pensarmos nas hipóteses em que o complexo de causas que explica determinado resultado está localizado exclusivamente no indivíduo que cometeu o delito. Se certo comportamento de *A* é explicado em um momento *m* por meio da referência a uma doença psíquica ou biológica que o acometera, então essa

explicação do conflito também está individualmente localizada. Portanto, podemos distinguir uma espécie de individualização normativa de uma espécie de individualização explicativa⁶.

No caso dessa última, o resultado danoso é explicado por meio da referência a processos naturalístico-causais que operam em um determinado indivíduo em um momento específico ao desencadearem um comportamento violador de uma norma. Uma individualização normativa, por sua vez, não nega totalmente uma explicação causal para o fato, mas a ignora propositalmente ao tomar a pessoa como autora responsável por seus atos e pelas consequências que dele possam derivar. Em oposição à individualização explicativa, portanto, essa espécie de individualização é chamada de normativa precisamente porque ela presume, de maneira contrafática, que a pessoa dispõe ao mesmo tempo de capacidade de compreensão e de autocontrole, podendo, por isso, respeitar autonomamente as normas jurídicas.

É certo que, em alguns casos, a individualização de tipo explicativa inviabiliza a de tipo normativo, tal como acontece, por exemplo, na exclusão de culpabilidade fundada na existência de profundas deficiências psíquicas do agente. Nessa hipótese, fica claro que a inexistência de determinadas circunstâncias naturalísticas constitui uma das condições básicas para aplicarmos a individualização normativa. É por isso que tais condições são, na maioria das vezes, definidas de modo negativo: déficits profundos de compreensão, desenvolvimento mental incompleto, entre outras hipóteses, excluem a possibilidade de individualizar normativamente a causa do conflito. A imputação pessoal, portanto, exige que o indivíduo em questão nunca apresente determinados fatores causais, ou ao menos não os apresente no momento de sua conduta.

Formulado de maneira inversa, isso significa que a individualização normativa – por meio da qual uma ação e suas consequências são atribuídas à responsabilidade de uma pessoa específica – pressupõe sempre que essa possua ao menos uma capacidade média de compreensão e de autocontrole, capaz de justificar que seja tomada como verdadeira autora de seus atos, isso é, seu tratamento dentro (e não fora) do jogo de linguagem da “autoria responsável”⁷ a partir de uma perspectiva performativa – e não da perspectiva objetivadora de um observador externo.

Ademais, que nem toda explicação causal do comportamento humano implica em uma exclusão de responsabilidade é algo que se depreende da própria diferença entre circunstâncias excludentes de culpabilidade (*Schuldausschliessungsgründe*) e circunstâncias exculpantes (*Entschuldigungsgründe*). Essas últimas não eximem plenamente o agente de sua responsabilidade e resguardam a necessidade de uma mínima responsabilização. Tanto é assim que aquele que age em excesso de legítima de defesa ou em estado de necessidade exculpante permanece dispondo da capacidade de observar o Direito de forma autônoma, ao passo que aquele que apresenta déficits de imputabilidade não o faz; e aqui pouco importa se também as causas de exculpação acabam, por razões de prevenção geral, excluindo a culpabilidade da pessoa.

VARIABILIDADE DAS FORMAS DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Embora todas as modalidades de imputação acima mencionadas possam ser processadas simultaneamente, isso não significa que a relação existente entre elas permanece invariável de acordo com as diferentes circunstâncias históricas e culturais de determinada sociedade. Em algumas épocas, todas essas modalidades estavam a tal ponto amalgamadas que os processos naturalísticos-causais eram interpretados a partir da perspectiva da imputação pessoal. E mesmo quando elas começaram a diferenciar-se e passaram a ser atribuídas distintamente à natureza, à sociedade como um todo e aos indivíduos, é importante notar que, a depender do momento histórico-social e das condições culturais, será diferente tanto a importância dada a cada uma dessas formas de imputação quanto ao modo como elas se relacionarão entre si.

Essas diferenças são, em larga medida, definidas pelo amadurecimento de determinada sociedade ao longo da História e resultam de um amplo processo político de entendimento acerca de sua própria identidade coletiva. Se a ordem normativa em que se vive é tida como legítima, e se sua estrutura social e sua divisão de bens é vista como justa, então as condições de socialização necessárias ao desenvolvimento de uma capacidade autônoma de compreensão e de autocontrole das pessoas são consideradas de certo modo propícias e, ademais, as circunstâncias de desenvolvimento das crianças e dos

adolescentes é tomada como adequada; conseqüentemente, é de se esperar uma maior prontidão para imputar ao indivíduo a ocorrência de um ato delitivo, tornando-o responsável, ou, no limite, considerando o comportamento desviante como uma manifestação patológica individual por meio de uma individualização explicativa.

Por outro lado, contudo, a conclusão de que as condições de socialização de determinada sociedade são “adequadas” pode ser questionada por parte de seus membros. Afinal, ainda que a convicção de uma maioria política, social e econômica dominante possa ser a de que sua ordem normativa é justa e legítima, essa forma de ver as coisas pode ir contra a opinião de uma minoria que se percebe como desprivilegiada, como discriminada pelas normas vigentes e pela prática normativa dominante ou como alvo de uma distribuição inequânime de bens e de oportunidades de crescimento. Nesses casos, será ilegítimo achar que todas as pessoas serão capazes de observar o Direito de forma autônoma e, conseqüentemente, será injusto responsabilizar exclusivamente o agente em caso de violação de uma regra.

Uma sociedade que exige dos indivíduos um alto grau de autocontrole, de observância autônoma das normas vigentes e, no limite, de responsabilidade por suas próprias vidas, sem que ao mesmo tempo considere as eventuais injustiças cometidas na distribuição de bens básicos e de oportunidades em geral, pode até impor aos indivíduos desprivilegiados medidas com efeitos disciplinadores, mas nem por isso os torna mais responsáveis⁸. Não por acaso, a exigência de levar-se em conta circunstâncias atenuantes nos momentos de imputação e de dosimetria da pena vem sendo tomada como um “abuso de exculpação” (*excuse abuse*), sendo criticada como uma compreensão falha acerca das pessoas que, apesar de todas as condições adversas, seriam capazes de controlar seus impulsos e evitar com autonomia o cometimento de ilícitos⁹. Do mesmo modo, também critica-se uma espécie de “patologização” dos comportamentos desviantes por explicar muitos conflitos de maneira incorreta e socialmente estigmatizante; nesse plano, qualificar como deficientes psíquicos dissidentes que desafiam comunicativamente uma ordem normativa injusta e ilegítima pressupõe negar significado às pretensões de validade de suas manifestações e dos objetivos inscritos em suas ações.

Em oposição a esse quadro, uma sociedade que, em processos coletivos de autoconsciência, adquire consciência das injustiças de sua estrutura, bem como das consequências desfavoráveis que essa traz a alguns grupos, não apenas procurará reverter essa situação por meio de medidas estatais de bem-estar social, como também entenderá que as condições necessárias à observância autônoma das normas jurídicas não estão disponíveis para todos de maneira igualitária. Consequentemente, ela irá assumir sua parcela de culpa no momento de atribuir responsabilidade individual pelo cometimento de comportamentos desviantes, nem que seja apenas para reconhecê-lo como uma causa de atenuação da pena a ser imposta.

O delineamento desse tripé constituído pela responsabilização pessoal do indivíduo, pela responsabilização coletiva da sociedade e pela atribuição de responsabilidade “à natureza”, contudo, não apenas varia conforme os diferentes estágios de autoconsciência das sociedades, como também pode ser objeto de divergências até mesmo no interior de cada uma delas. O caráter controverso dessa configuração fica claro quando notamos que o grau de responsabilização individual tende a ser inversamente proporcional ao de responsabilização coletiva, e quando percebemos que a decisão sobre qual das duas preponderará acaba sendo resultado de um processo público de formação de opinião e de vontade que, como qualquer outra decisão política, carece de uma justificação e de uma legitimação.

A questão sobre quanto devemos eximir ou acentuar a responsabilidade penal do indivíduo ou da sociedade não é algo contingente ou determinado pela natureza. Afinal, até mesmo quando se atribui à natureza a ocorrência de um comportamento delitivo, ao explicá-lo naturalisticamente pela referência a processos causais biológicos ou neurológicos, nós ainda estamos diante de uma decisão que deriva de uma determinada autoconsciência política coletiva; o constante debate a respeito de quais deficiências (e em qual intensidade) uma pessoa precisaria apresentar para que reconheçamos a ausência total ou parcial de suas capacidades de compreensão e de autocontrole é um exemplo eloquente do caráter político dessa decisão¹⁰.

AUTOCONSCIÊNCIA POLÍTICA E IMPUTAÇÃO

A relação entre essas três modalidades de imputação não é tematizada e

determinada politicamente apenas no âmbito de procedimentos públicos formalizados de formação de opinião e de vontade, tal como ocorre com as reformas legislativas que tratam dos requisitos de imputabilidade e das circunstâncias de dosimetria de pena. Pelo contrário, esse processo de autocompreensão social também está presente – e provavelmente até em maior intensidade – na esfera pública informal. Talvez o principal exemplo disso seja a discussão sobre o caráter ilícito de atos coletivos praticados no passado de determinada sociedade. Tanto o longo debate sobre o “reprocessamento” dos ilícitos cometidos pelos nazistas na Alemanha quanto a recente tematização dos crimes estatais cometidos na antiga Alemanha Oriental (*Deutsche Demokratische Republik* – “DDR”) demonstram como a relação entre responsabilidade individual e coletiva está longe de ser discutida exclusivamente em procedimentos legislativos e judiciais formalizados, sendo tratada, também, por práticas e discursos informais reproduzidos quotidianamente.

Nunca é demais lembrar que toda imputação individualizadora de determinado ato delitivo reproduz e consolida a estrutura de responsabilidade dominante em determinada sociedade. Por conta disso é que, diferentemente do que ocorre com as práticas informais de imputação, que normalmente são conduzidas de forma irracional e pouco refletida, os procedimentos formalizados de decisão e julgamento trazem consigo a vantagem de tornar transparente e publicamente controlável as atribuições de responsabilidade que se realizam sobre os indivíduos. É nesse plano que a sociedade torna-se responsável por sua prática de responsabilização e a vocaliza por meio de um procedimento formal. E é por isso que uma concepção de “Direito Penal como sistema de controle social formalizado” passa por uma reflexão sobre a necessidade de formalização das práticas sociais de atribuição de responsabilidade¹¹.

Portanto, a premissa segundo a qual a relação entre as diversas modalidades de imputação varia histórica e culturalmente não deve nos levar à conclusão equivocada de que essa variação se daria de modo absolutamente contingente. Se assim o fosse, nenhuma disputa pública entre diferentes concepções de práticas de atribuição de responsabilidade teria qualquer sentido. De fato, todo posicionamento sobre a medida de observância ao Direito que se espera da média dos destinatários das normas, ou sobre qual seria a melhor relação entre as diversas formas de imputação, não apenas pode como também

deve ser objeto de justificação e legitimação. Se alguém for procurar critérios para avaliar essas justificações, de pronto perceberá que propostas excessivamente radicais muito provavelmente não serão admitidas: afinal, uma sociedade não compactuaria nem com a exculpação de todas as ações de seus membros nem com uma explicação fatalista que atribuísse à natureza ou ao destino a origem dos conflitos; tampouco compactuaria com uma estrutura de responsabilização de caráter existencialista, segundo a qual, por sermos todos responsáveis por tudo que acontece a nosso redor, não deveria existir qualquer exculpação para nossos atos¹².

Isso posto, uma proposta de responsabilização racional precisaria pensar em processos de imputação que não violassem o sentido fundamental de origem da sociedade, que é o de tratar com justiça todos os seus integrantes¹³. Isso acontecerá quando os/as participantes de um processo coletivo de autocompreensão social interpretarem o conceito de “destinatário de normas” – de quem se espera, enquanto pessoa, uma observância autônoma do Direito – de modo a que eles próprios queiram entender a si mesmos enquanto tais. Assim, em analogia à situação hipotética proposta por John Rawls na qual os participantes de uma comunidade devem tomar decisões fundamentais submetidos a uma espécie de “véu de ignorância”¹⁴, a decisão por uma estrutura justa de imputação exigiria daqueles que participam dos processos políticos um completo desconhecimento tanto sobre suas efetivas situações sociais e econômicas quanto sobre as aptidões e conhecimentos específicos que cada um viesse a ter no futuro. Apenas quando não lhes for permitido justificar suas concepções de destinatário de normas a partir de suas próprias perspectivas e de suas próprias situações de vida é que se conseguirá evitar a consolidação de uma concepção parcial, que privilegia alguns membros da sociedade ao mesmo tempo em que discrimina outros. Sob esses pressupostos, até mesmo um cálculo racional utilitário já desempenharia um importante papel no surgimento de uma relação entre indivíduo, sociedade e natureza que reconheça, por um lado, a importância de uma imputação individualizadora, sem que, por outro, deixe-se de levar em conta tanto circunstâncias sociais quanto processos naturalísticos causais que, por determinarem as ações dos indivíduos, deveriam poder eximi-los de sua responsabilidade, ou ao menos atenuá-la. Afinal, qualquer um de nós pode

se imaginar em uma situação na qual dispomos de pouca ou de nenhuma capacidade de agir de modo diverso daquele como agimos.

No entanto, se esse tipo de argumento já conta a favor de um reconhecimento do papel das causas de exculpação e de exclusão de culpabilidade, assim como de circunstâncias que afastam a responsabilidade de um indivíduo no plano da imputação objetiva do resultado, o mesmo não ocorre necessariamente quando se trata de definir o conceito de destinatário responsável de normas. Por que, afinal, não deveríamos abrir mão de um conceito de pessoa fundado na capacidade de entendimento e de autocontrole, e conseqüentemente na capacidade de observar autonomamente o Direito se o que queremos é evitar a concretização de riscos derivados de ações lesivas? Ou, pelo contrário, por que nós deveríamos continuar nos considerando como pessoas que assumem responsabilidade por suas ações e por seus proferimentos se estamos plenamente conscientes das condicionantes sociais e causais que atuam sobre nós e sobre nossos comportamentos? Tais condicionantes não deveriam inviabilizar, de plano, qualquer tipo de imputação individual de responsabilidade?

O motivo pelo qual, apesar de todas essas condicionantes, aqueles que buscam partir de uma concepção racional de pessoa e de destinatário de normas não podem abrir mão de uma imputação individualizadora e de uma prática de atribuição de responsabilidade individual deriva das seguintes razões:

(1) Em primeiro lugar, a recusa em atribuir um papel à imputação individual e à responsabilização nela fundada teria como resultado imediato o surgimento de um amplo mecanismo de vigilância e de controle das ações das pessoas. Isso ocorreria porque a construção de uma alternativa à observância autônoma das normas sociais teria necessariamente de passar pela criação de instâncias de condicionamento e de manipulação de meros objetos (não havendo espaço para autonomia, seria equivocado até mesmo falar na existência de “sujeitos” em sentido próprio).

(2) Em segundo lugar, negar um papel à imputação individual faria com que não pudéssemos mais ver a nós mesmos nem aos outros como autores, o que inviabilizaria não apenas a atribuição de responsabilidade por atos ilícitos, mas também o próprio reconhecimento de nossos méritos e de nossas boas ações.

(3) Mas, acima de tudo, estaríamos não apenas abrindo mão de nossa autocompreensão enquanto pessoas responsáveis, como também estaríamos tornando insustentável nossa própria ordem normativa. Afinal, se não pudessemos nos reconhecer uns aos outros enquanto pessoas cujas ações e proferimentos são imputáveis reciprocamente, nós estaríamos deixando de nos ver como autores de nossa própria ordem jurídica – ou como legisladores, no sentido dado por Kant. Existe, assim me parece, uma relação interna necessária e não simplesmente accidental entre, de um lado, nossa autocompreensão como pessoas livres que, enquanto sujeitos de imputação, são tomadas como autores de suas ações e proferimentos, e, de outro, o princípio de uma legislação pública e republicana conduzida por cidadãos autônomos. Afinal, seria uma contradição se as mesmas pessoas que consideramos responsáveis por suas ações e manifestações em seu papel de destinatárias de normas não pudessem ser consideradas como autoras dessas normas, vale dizer, como responsáveis pela ordem normativa cuja infração lhes é imputada. Apesar de ser marcada por tal contradição, essa assimetria entre uma participação restrita dos cidadãos no processo legislativo e seu tratamento simultâneo como sujeitos imputáveis por parte do Estado, não é impossível de existir na realidade. Essa situação ocorre com frequência e, ademais, é de certo modo compatível com uma concepção liberal que entende a liberdade como ausência de restrições e coação externas. Nesse plano, contudo, é importante lembrar que, se considerarmos aceitável qualquer tipo de heterodeterminação política e se nos submetermos à autoridade da vontade alheia, estaremos abrindo mão daquele que é um dos pilares constitutivos do conceito de liberdade defendido pela tradição republicana da filosofia política: além da ausência de restrições e coações externas, a possibilidade de uma pessoa de se autodeterminar e de influir sobre os limites mais ou menos restritos dentro dos quais vivemos e cooperamos uns com os outros. Com efeito, à ausência de coações e restrições devemos acrescentar a ausência de heterodeterminação pela vontade dos outros – a qual, ao mesmo tempo que pode me conceder um espaço de atuação e de exercício de minha vontade, também pode a qualquer momento diminuí-la, aumentá-la ou aboli-la por completo¹⁵. Se, nessas condições, somos tomados como sujeitos de imputação, mas não como pessoas que dispõem de um Direito generalizadamente reconhecido de agir conforme nossa própria vontade, então

acabamos sendo tratados como indivíduos que simplesmente não adaptaram corretamente suas ações aos ditames de uma norma formulada heteronomamente, ou mesmo como seres cujos sistemas psíquicos ou biológicos se comportaram de modo disfuncional frente às exigências funcionais de uma sociedade diferenciada.

Por outro lado, seria igualmente contraditório se fôssemos considerados cidadãos politicamente autônomos e autores responsáveis por nossa ordem jurídica, mas não fôssemos tomados como sujeitos de imputação responsáveis por nossas ações e omissões, e sim como seres cujo comportamento é explicado de modo puramente causal. Se não levamos a sério a hipótese de que o próprio conceito de Direito pressupõe a existência de um ponto de vista interno, do qual decorre que a observância das normas consiste em um exercício crítico-reflexivo de autonomia por parte de um sujeito, então todos os cidadãos deixam de ser tomados como pessoas e passam a ser vistos como objetos de uma mecânica de vigilância, controle e condicionamento.

O surgimento de tal estrutura traria consigo a completa anulação da autodeterminação necessária aos processos públicos de autolegislação, fazendo com que em seu lugar surgissem pessoas dependentes de heteroregramentos. Nesse plano, vale notar que o debate atual a respeito das possíveis implicações das novas descobertas neurocientíficas sobre o conceito jurídico-penal de culpabilidade ignora, acima de tudo, que uma figura de destinatário de normas que exclui o autocontrole responsável não apenas põe fim à ideia de autonomia do sujeito, como também torna inviável a existência das instituições legislativas democráticas; afinal, quanto menos uma pessoa for tomada como responsável por suas ações e manifestações, menos ela será responsável pelos atos que realiza como colegisladora de sua ordem jurídica. Com isso, o que teríamos é – para usar das palavras de Kracauer – uma sociedade na qual as coisas e a lógica da reificação teriam dominado por completo a alma das pessoas. É por isso que o conceito de cidadão, que no âmbito de uma Constituição republicana é considerado colegislador, e o conceito de pessoa de Direito, a qual se considera sujeito de imputação de suas ações e manifestações, devem se esclarecer e se fundamentar reciprocamente.

Tanto o princípio de um governo republicano, conduzido por cidadãos politicamente autônomos, quanto o princípio de uma imputabilidade que

atribui aos indivíduos a responsabilidade por seus atos e proferimentos, partilham um conceito de pessoa, a qual se move no plano lógico das razões (*Gründe*), ou seja, que é capaz de oferecer, de exigir e de criticar razões e justificativas e, principalmente, é também sensível a razões, sendo capaz de motivar-se e de orientar seu comportamento por elas. Esse é, no limite, o sentido original de “responsável”¹⁶: aquele que é capaz de justificar seus atos e de responder por eles perante os outros. Enquanto “pessoas deliberativas”¹⁷, nós participamos, como cidadãos, do processo legislativo republicano, ao mesmo tempo que, como destinatário das normas, tornamo-nos passíveis de imputação e de responsabilização por nossas ações e omissões.

Obviamente, com isso, o que se extrai não é nada mais que a constatação de que existe uma relação geral entre governo republicano e imputabilidade pessoal. A partir dessa relação, contudo, já se nota que os participantes da situação hipotética do véu da ignorância muito provavelmente não iriam abrir mão do conceito de pessoa enquanto destinatária de normas. Afinal, se o fizessem, eles não poderiam reconhecer a si mesmos como autores de sua ordem jurídica e, ademais, não teriam qualquer razão para se envolverem em um procedimento relativamente neutro de decisão sobre quais serão as bases de cooperação de sua sociedade. Eles seriam apenas objetos, mas não sujeitos desse processo. Talvez por isso Rawls sempre tenha frisado que a situação hipotética da chamada “posição original” é a que melhor expressa o caráter livre e racional da natureza humana.

Como as pessoas deliberativas interpretam e delineiam seus papéis de cidadãos legisladores e de sujeitos imputáveis, é algo que depende obviamente das diferentes condições sociais e temporais que determinam nossos processos de autocompreensão e de autossignificação. É aqui que se inserem as variações e as diferentes prioridades relacionadas ao já mencionado tripé de imputação. Como já apontado, a adoção de uma fórmula de responsabilização em detrimento de outra depende das circunstâncias históricas, dos dados sociais, do atual estágio de conhecimento de determinada sociedade, das exigências que as pessoas fazem umas às outras, das causas de exculpação ou de exclusão de culpabilidade que elas estão dispostas a reconhecer e de onde se fixa a fronteira entre o que ainda é o que não é mais exigível como comportamento conforme ao Direito. É verdade que o conceito de imputação

objetiva – que determina quando um resultado danoso pode ser visto como obra de determinado sujeito – pressupõe a adoção de critérios de previsibilidade e de evitabilidade que devem ser levados em conta no processo de autocompreensão das pessoas deliberativas. O que é e o que não é previsível para uma pessoa permanece dependente, sobretudo, do estágio do conhecimento e de sua distribuição no interior de determinada sociedade. É apenas do conceito de pessoa deliberativa, com suas respectivas repercussões sobre os princípios de governo republicano e de imputação pessoal de responsabilidade, que não se pode de modo algum abrir mão.

Outra consequência que se extrai desse quadro implica reconhecer que a conformidade ao Direito apenas pode ser exigida em relação àquelas normas que resultam de um processo legislativo republicano, conduzido com a participação livre e igualitária de todos os cidadãos. Somente em relação às normas que são legítimas nesses termos é que se pode esperar observância por parte das pessoas. E isso deve ser considerado também para a imputação da violação de uma regra. Nós só podemos legitimamente considerar determinado comportamento como violação normativa quando aquilo que se viola é resultado de um processo legislativo republicano. Consequentemente, a própria imputação deve ver o agente sob as lentes de um conceito de destinatário de normas que aqueles cidadãos, enquanto pessoas deliberativas, aceitaram para si no âmbito de um processo público de autocompreensão política (para o qual, vale dizer, basta o reconhecimento de um Direito de participação política realizável na prática, não sendo necessária que ele seja efetivamente exercido por todas as pessoas).

Aqui, no entanto, deve-se negar uma concepção de participação direta de todos os cidadãos, nos termos de um conceito identitário de autolegislação de caráter rousseauiano. O que se exige, na verdade, é uma forma de envolvimento no processo legislativo democrático-republicano caracterizada pela igualdade de Direitos e de chances de participação em procedimentos públicos de formação de opinião e vontade. Tal proposta é compatível, por exemplo, com uma democracia representativa e com a introdução de uma regra da maioria; a legitimidade – sempre provisória e passível de questionamento com o surgimento de novas concepções e novos posicionamentos – dos resultados extraídos desses procedimentos depende sobretudo da existência de uma

possibilidade de a minoria de hoje se tornar, no interior do processo político, a maioria no futuro. Essa proposta, portanto, é incompatível com uma forma de governo que nega aos cidadãos igualdade de Direitos políticos de participação (desde o Direito ao voto até o Direito à liberdade de reunião e de opinião), bem como com condições econômico-sociais que, por tornarem extremamente difícil a sobrevivência material de algumas pessoas, praticamente impossibilitam que elas compreendam e exerçam adequadamente seus Direitos de participação política igualitária.

Do ponto de vista da atribuição de responsabilidade, isso significa que não existe imputação legítima sem que haja normas legitimamente formuladas no âmbito de um processo legislativo republicano. Mas isso não deve ser entendido como se fosse necessário que cada cidadão concordasse faticamente com determinada norma para que sua violação pudesse ser legitimamente imputada ou para que ela fosse entendida como parte legítima do corpo legislativo.

Na realidade, são o Direito e a chance de participação política que fundamentam a possibilidade de exigir a observância das normas, inclusive daqueles que, embora tenham dito “não” em determinado procedimento público, restaram vencidos pelo entendimento da maioria. O Direito não exige que esse “não” seja totalmente ignorado, mas apenas que ele não seja aceito como razão determinante das ações daquele que o proferiu. Nesse sentido, esse “não” continuará podendo ser manifestado nos procedimentos legislativos democrático-republicanos até que eventualmente se torne um posicionamento majoritário e revogue por completo a norma questionada. Isso não impede que alguém, no papel de cidadão, deixe conscientemente de seguir determinada regra, utilizando-se desse ato de desobediência civil para exigir da maioria dominante uma reforma legislativa; nesse caso, contudo, ele ainda terá de arcar com a responsabilidade pela violação dessa norma em específico.

Finalmente, vale frisar que esse vínculo interno entre governo republicano e imputação pessoal de responsabilidade também traz consigo uma nova compreensão sobre o fenômeno delitivo. Precisamente porque nós, enquanto pessoas deliberativas que atuam no plano lógico das razões, nos alternamos nos papéis de cidadão e de destinatário de normas, nossas ações e manifestações não são apreendidas apenas como fenômenos passíveis de descrição

física, biológica, psicológica ou neurológica, sendo tomadas, também, como atos dotados de sentido comunicativo. Esse sentido deriva do fato de nossos atos se referirem a razões que podem ser acatadas ou refutadas, precisamente porque elas são trazidas ao jogo político por pessoas deliberativas que se orientam por razões e argumentos.

Se uma ação que viola determinada regra deixa de ser refutada ou questionada, então isso significa que suas razões foram ao menos absorvidas, ou até mesmo aceitas por sua sociedade, ainda que elas tenham se dirigido contra uma ordem normativa legítima. Nesse caso, estamos diante de um ilícito cujo resultado acaba sendo partilhado por todos, ou de um *shared wrong*¹⁸. A esse significado, acrescenta-se ainda outro, resultante do fato de que, com o cometimento de um ilícito, o próprio *status* de cidadão da vítima é afetado, posto que ela, enquanto titular do Direito de autodeterminação, acaba por ser alvo de um processo de heterodeterminação. O surgimento desses dois significados exige da sociedade uma refutação por meio de processo de imputação que marque publicamente o comportamento ilícito não apenas como uma alternativa de vida inaceitável, mas também como a obra de uma pessoa individualmente responsável por ele.

No entanto, tal imputação apenas será legítima se fundada nos princípios acima mencionados – e se os cidadãos de determinada comunidade se preocuparem em garantir as condições básicas de socialização de toda pessoa responsável, isso é, se as circunstâncias sociais e políticas estiverem constituídas de modo que as pessoas possam efetivamente atuar de maneira responsabilizável.

Esse “mundo humano” de que fala Siegfried Kracauer apenas existirá se os objetos e sua lógica reificada não nos dominarem, se eles não nos apartarem de nossos atos, e se as relações nas quais nós vivemos não forem tomadas como meros elementos funcionais de sistemas parciais socialmente diferenciados. Ou dito de maneira breve: se aquilo que nós fizemos for visto como obra de nossas vontades, determinada por nossas próprias leis, de modo que nós nos tornemos autores de nossos atos. Mas também nesse caso ainda restaria algo que nos impediria de imputar com a consciência tranquila. Mesmo em um mundo humano, restariam atos de *humanos*, que não são – nem nunca poderão ser – pessoas puramente deliberativas. Por conta disso, em toda imputação, até mesmo naquelas conduzidas em uma sociedade humana, é de se esperar que haja sempre uma sobrecarga sobre as pessoas. Nesse sentido,

ao final dessa contribuição talvez seja-me permitido lembrar uma conhecida composição de Johann Sebastian Bach, intitulada “Das profundezas eu clamo a Ti, Senhor”, em cuja primeira estrofe pode-se ler:

Se condenares todos os pecados, Senhor,
quem resistirá?
Contigo está o perdão, para que a Ti nós temamos
Tem piedade de mim com tal fardo.

NOTAS

1 Texto adaptado de palestra apresentada pelo autor em Leipzig e em Bonn, nos meses de junho e julho de 2011.

2 KRACAUER, S. “Die Tat ohne Täter. Zum Fall Angerstein”. In: _____. *Schriften*. vol. 5.1. Frankfurt am Main, 1925. p. 318 e ss.

3 HASSEMER, W. “Person, Welt und. Verantwortlichkeit: Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht”. In: LÜDERSSSEN, Klaus (Org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. vol. 1. Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 354.

4 HAFFKE, B. “Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik”. In: SCHÜNEMANN, B., ACHENBACH, H. & BOTTKER, W. et. al. *Festschrift für Claus Roxin zum 70*. Berlin: Editora, 2001.

5 KELSEN, H. “Kausalität und Zurechnung”. In: *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, nº 6, 1954.

6 GÜNTHER, K. “Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens”. In: LÜDERSSSEN, K. (Org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, op. cit. p. 83-104.

7 HABERMAS, J. “Das Sprachspiel Verantwortlicher Urheberschaft und das Problem der Willensfreiheit: wie lässt sich der epistemische Dualismus mit einem ontologischen Monismus versöhnen?”. In: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* nº 54, vol. 5, 2006, p. 669-707.

8 GÜNTHER, K. “Zwischen Ermächtigung und Disziplinierung. Verantwortung im gegenwärtigen Kapitalismus”. In: HONNETH, A. (Org.). *Befreiung aus der Mündigkeit: Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, p. 117 – 140.

9 Ver: WILSON, J.Q. *Moral Judgment: Does the Abuse Excuse threaten our legal system?*. Londres: Basic Books, 1997.

10 Para um panorama sobre a “triste história” da reforma do § 20 do Código Penal alemão, ver: SCHILD, W. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, vol. 1, 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, § 20, nº 9 e ss.

11 HASSEMER, W. & NEUMANN, U. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 2. ed. Baden-Baden: Nomos, § 1, alíneas 159 e ss.

12 Com isso, não se pretende negar que o argumento sartriano a favor de uma “responsabilidade absoluta do indivíduo” possui certo sentido existencial; contudo, o fato é que tal sentido diz respeito apenas à vida de cada pessoa, e não a uma autocompreensão coletiva da sociedade. Cf. SARTRE, JP. *Das Sein und das Nichts*. Hamburg: Rowohlt, Reinbek, 1991, p. 950-954.

13 Ver: DUBBER, M. *The Sense of Justice: Empathy in Law and Punishment*. New York: NYU Press, 2006.

14 RAWLS, J. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1975, p. 27 e ss.

15 PETTIT, P. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

Também: SKINNER, Q. *Liberty before Liberalism*. Cambridge: Cambridge Books, 1998, p. 82-84.

16 (N.T.): Aqui, o autor procura, por meio de um jogo de palavras, decompor o termo alemão *verantwortlich* (responsável), sugerindo que ele derive do verbo *antworten* (responder).

17 GÜNTHER, K. “Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”. In: BRUNKHORST, H. e NISEN, P. (Org.). *Festschrift für Ingeborg Maus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 83-104.

18 MARSHALL, S. e DUFF, A. “Criminalization and Sharing Wrongs”. In: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 11, 1979, p. 7 e ss. No mesmo sentido, ver: DAGGER, R. “Republicanism and Crime”. In: BESSON, S. e MARTI, J.L. (Orgs.). *Legal republicanism*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 147 e ss e 158 e ss.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : DAGGER, R. “Republicanism and Crime”. In: BESSON, S. & MARTI, J.L. (Orgs.). *Legal republicanism*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- : DUBBER, M. *The Sense of Justice: Empathy in Law and Punishment*. New York: NYU Press, 2006.
- : GÜNTHER, K. “Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens”. In: LÜDERSEN, K. (Org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol. I. Baden-Baden: Nomos; Auflage: 1, 1998.
- : _____. “Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”. In: BRUNKHORST, H. & NISEN, P. (Org.). *Festschrift für Ingeborg Maus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- : _____. “Zwischen Ermächtigung und Disziplinierung. Verantwortung im gegenwärtigen Kapitalismus”. In: HONNETH, A. (Org.). *Befreiung aus der Mündigkeit: Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.
- : HABERMAS, J. “Das Sprachspiel Verantwortlicher Urheberschaft und das Problem der Willensfreiheit: wie lässt sich der epistemische Dualismus mit einem ontologischen Monismus versöhnen?”. In: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, nº 54, vol. 5, 2006.
- : HAFFKE, B. “Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik”. In: Schünemann, B., Achenbach, H. & Bottke, W. et. al. *Festschrift für Claus Roxin zum 70*. Berlin, 2001.
- : HASSEMER, W. & NEUMANN, U. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2010.
- : _____. “Person, Welt und. Verantwortlichkeit: Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht”. In: LÜDERSEN, K. (Org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Vol. 1. Baden-Baden: Nomos, 1998.
- : KELSEN, H. “Kausalität und Zurechnung”. In: *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 6, 1954.

PREFÁCIO

- : KRACAUER, S. Die Tat ohne Täter. Zum Fall Angerstein. In:_____. *Schriften*. Vol. 5.1. Frankfurt am Main, 1925.
- : MARSHALL, S. & DUFF, A. “Criminalization and Sharing Wrongs”. In: *Canadian Journal of law and Jurisprudence*, nº 11, 1979.
- : PETTIT, P. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- : RAWLS, J. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp; Auflage: 1. Ausgabe, 1975.
- : SARTRE, JP. *Das Sein und das Nichts*. Hamburg: Rowohlt, Reinbek, 1991.
- : SCHILD, W. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, vol. 1, 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005.
- : SKINNER, Q. *Liberty before Liberalism*, Cambridge: Cambridge Books, 1998.
- : WILSON, J. Q. *Moral Judgment: does the Abuse Excuse threaten our legal system?*. London: Basic Books, 1997.

DIREITO PENAL E PERICULOSIDADE: A POLÍTICA CRIMINAL ENTRE PREVENÇÃO, COMBATE A PERIGOS E RETRIBUIÇÃO DE CULPA

Hans-Jörg Albrecht

Tradução do Alemão: Yuri Corrêa da Luz

O “ADEUS A KANT E A HEGEL”

Há pouco mais de quatro décadas, um importante escrito sobre a Grande Reforma do Direito Penal alemão comemorava aquilo que fora chamado de “adeus a Kant e a Hegel”¹. Essa “despedida”, amplamente tida como bem-vinda, foi tomada como fruto da modernização do Direito Penal iniciada pelo Programa de Marburgo de 1882, de autoria de Franz von Liszt, e concluída com a Grande Reforma Penal ocorrida na Alemanha nos anos de 1969 e 1975. Nesse novo contexto, o Direito Penal não se orienta mais pela retribuição e pela punição por fatos passados; pelo contrário, a ele confiam-se as funções de prevenção e de proteção de bens jurídicos, as quais também o fundamentam. Com isso, tanto a retribuição da culpa quanto as conseqüentes autorreferência e autossuficiência que regiam o Direito Penal passam para um segundo plano. Assim, de fato, o que surgiu foi um conjunto de normas voltado ao combate a perigos e à criação das condições necessárias à efetivação da segurança dos cidadãos.

Essa mudança de foco pautada pela ideia de segurança pode ser percebida em quatro das principais tendências norteadoras da política criminal contemporânea:

(1) Em primeiro lugar, a lógica securitária de combate a perigos está na base do surgimento de uma série de tipos penais que, à época do comemorado “adeus a Kant e Hegel”, ainda não desempenhavam o papel central que desempenham hoje. Com efeito, os chamados crimes de perigo abstrato passaram a constituir elementos essenciais de um Direito Penal do Risco, fazendo com que as margens de punibilidade fossem ampliadas por meio da punição de meras condutas perigosas, antes mesmo que uma lesão efetiva e (possivelmente) de larga escala viesse a ocorrer.

(2) Em segundo lugar, essa nova orientação pode ser percebida também

pela utilização de métodos de investigação e de produção de provas que, antes da década de 1960, eram exclusividade dos serviços secretos de inteligência, e que a partir de então passam a fazer parte da ordem processual penal comum². Essa mudança também guarda relações com a já mencionada proliferação de tipos penais de perigo, na medida em que, por estarem estes voltados em parte ao combate da chamada “criminalidade transacional”³, o uso de instrumentos de investigação mais sofisticados surge como forma de compensar a ausência da figura de uma vítima que noticia a prática de determinada infração e dá origem a processos de investigação (tal como costuma ocorrer nas hipóteses dos chamados crimes de resultado).

(3) Em terceiro lugar, esse movimento também está presente na nova sistemática de sanções, desenvolvida a partir de meados dos anos 1990 e marcada pela imposição de medidas de segurança a criminosos (sexuais) considerados perigosos⁴. Dessa forma, acompanhando essa nova forma sancionatória preventiva, diversas medidas de sequestro e de confisco de proventos de origem ilícita passam a serem vistas como importantes ferramentas para o combate à criminalidade organizada.

(4) Finalmente, uma quarta tendência consiste no desenvolvimento de novas formas de monitoramento de pessoas consideradas “perigosas”, de quem se espera o cometimento de graves delitos.

Nesse amplo contexto, o Direito Penal é posto a serviço do combate a perigos e de uma política de segurança voltada a garantir uma proteção efetiva frente a criminosos sexuais perigosos, assassinos contumazes, terroristas e organizações mafiosas. Sobretudo após os ataques de 11 de setembro de 2001, ele vem cada vez mais sendo incorporado a uma ampla arquitetura de prevenção. Embora tenha sido comemorada de início, hoje essa despedida de Kant e de Hegel é vista com certa reserva, as críticas levantadas contra essa espécie de “Direito Penal de Segurança” chamam a atenção tanto para sua crescente politização e instrumentalização quanto para as diversas violações de garantias básicas que decorrem dessas mudanças⁵.

A partir desse plano, nota-se que os debates político-jurídicos vêm tratando de identificar supostas “lacunas de segurança”, bem como de refletir sobre possíveis formas de preenchê-las tanto por meio do Direito Penal material quanto por meio de instrumentos processuais de coleta e intercâmbio de

informações pessoais. Essa crescente referência a supostas “lacunas de segurança” é característica de uma política criminal que tem como foco precípua a prevenção de graves danos e que, por se preocupar com fenômenos de “alto impacto/ baixa probabilidade de ocorrência” (*high impact/ low probability*), acaba trazendo consigo questionamentos sobre se determinado resultado poderia ter sido evitado, sobre como isso poderia ter sido feito e sobre quem seria responsável por fazer com que ele não ocorresse⁶.

Nas sociedades modernas, a segurança refere-se indiferenciadamente a riscos, perigos e a garantias, tornando-se uma necessidade existencial dos seres humanos⁷, e traz consigo uma complexa ideia condutora social⁸ que já nos anos 1970 e 1980 fora objeto de uma série de estudos sobre o que define a qualidade de vida das pessoas. Nestes, percebe-se que o conceito de segurança não equivale necessariamente a uma simplista proteção absoluta de bens jurídicos.

A questão fica clara quanto notamos que, a exemplo do que ocorre com o tráfico viário, também se fala em “segurança” mesmo quando um sem-número de mortes e de lesões apresenta-se como efeito colateral intrínseco a todo tipo de atividade arriscada. Isso significa que a segurança e o sentimento de segurança surgem quando há *confiança* de que os riscos, por serem controláveis, não se consumarão em determinado caso concreto, ou mesmo que consequências de sua ocorrência poderão ser combatidas ou minimizadas adequadamente pela sociedade civil e pelo Estado⁹. Tendo isso em conta, é preciso notar que os discursos mobilizados nas últimas décadas têm alterado tanto a compreensão das pessoas frente a ameaças quanto o próprio conceito de segurança outrora em voga¹⁰.

Com o foco assentado sobre essa lógica securitária, também o modo de se compreender o Direito Penal vem se transformando. As demandas por segurança têm colocado as vítimas – e também as potenciais vítimas – no centro da política criminal e das campanhas políticas e, nessa perspectiva, o ideal de segurança acaba entrando em choque com a concepção iluminista de um Direito Penal voltado à ressocialização do infrator¹¹.

SEGURANÇA, CRIMINALIDADE E ANÁLISES DE AMEAÇA

Nas análises sobre as condições de segurança de determinada população, as

chamadas “medições de níveis de ameaça” (*threat assessments*¹²) vêm ganhando importância crescente. O interesse nesse tipo de avaliação surge a partir do momento em que as formas convencionais de avaliação das condições de segurança de dada comunidade – feitas, por exemplo, por meio de estatísticas criminais, relatórios periódicos de segurança e relatórios setoriais da polícia – passam a ser vistas como insatisfatórias¹³.

A partir de então, elas começam a ser complementadas (e muitas vezes até substituídas) por prognósticos relativos ao provável desenvolvimento da criminalidade, especialmente daquela extremamente violenta (como assassinatos em massa, atentados suicidas etc.) e do terrorismo. Com isso, o combate preventivo a perigos é trazido ao centro político-criminal, ganhando importância a intervenção sobre as circunstâncias aptas a gerarem os resultados temidos pela população. Assim, no campo da luta contra o terrorismo, vem ganhando destaque a criação de “sistemas de prevenção”¹⁴, dedicados a investigar fenômenos variados, tais como a radicalização de discursos políticos e ideológicos¹⁵. Tais estimativas de perigo são construídas e incentivadas pelas mesmas instituições responsáveis por seu combate e por sua erradicação. Desse modo, a polícia e os órgãos de serviço secreto¹⁶, ao mesmo tempo em que respondem pela coleta e pela análise de informações junto a centros antiterrorismo, também respondem pelo combate a essa específica fonte de perigo.

Tais prognósticos de perigo voltam sua atenção sobretudo para dois grupos de fenômenos. Em primeiro lugar, para a criminalidade organizada transnacionalmente, bem como para o terrorismo nacional e internacional. Trata-se, nesse plano, de combater a chamada “criminalidade transnacional” (ou “criminalidade do mercado negro”), no âmbito da qual serviços e bens são objeto de mercancia ilegal (como ocorre com o tráfico de drogas, de pessoas e de armas, bem como com a exportação de produtos perigosos e a chamada “lavagem de dinheiro”). Ponto comum a todas essas hipóteses é o fato de seu potencial lesivo dizer menos respeito às possíveis consequências nocivas sofridas diretamente por vítimas individuais e mais à resistência e ao caráter duradouro das redes e organizações, bem como aos danos que elas provocam às instituições estatais e à sociedade como um todo.

Leva-se em consideração também que esses prognósticos relacionam-se ainda a uma crescente sensibilização social frente à violência (especialmente

a sexual), que surge a partir dos anos 1990. Desde a ampla divulgação dada ao Caso Dutroux, na Bélgica, e na esteira do potencial simbólico gerado pelo cometimento de crimes graves por parte de autores reincidentes, esforços político-criminais têm se dedicado a tentar garantir a segurança da população frente a indivíduos tidos como suspeitos ou como potenciais autores de crimes sexuais e/ou violentos. Assassínatos em série e atentados suicidas alimentam o interesse político em identificar pessoas com alguma inclinação para o crime, ainda que, em regra, essa tendência ainda não tenha se manifestado. Nesse plano, afirma-se que a violência extrema – presente em assassinatos em série, em atentados suicidas e na prática de estupro seguido de morte – consiste em um fenômeno de “baixa probabilidade, mas com alto impacto” (*low probability/ high impact*)¹⁷. Condutas que trazem consigo consequências extremamente gravosas despertam especial atenção e interesse no desenvolvimento de técnicas de prevenção; sua baixa taxa de ocorrência, por outro lado, levanta especiais problemas de prognóstico.

POLÍTICA DE SEGURANÇA JURÍDICO-PENAL

LINHAS DE DESENVOLVIMENTO DE UMA

POLÍTICA DE SEGURANÇA JURÍDICO-PENAL

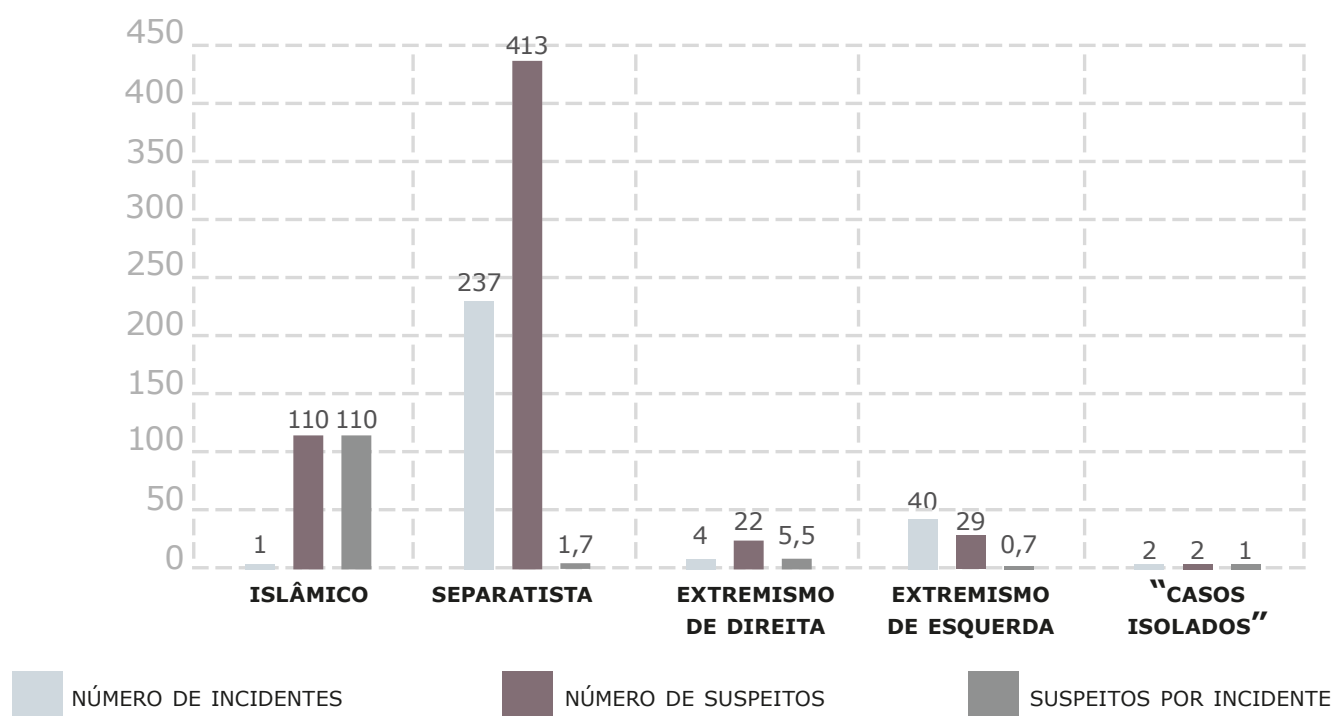
Na Alemanha, o desenvolvimento de uma política de segurança jurídico-penal pode ser identificado, no plano do Direito Material, sobretudo nas mudanças no sistema de sanções (mais especificamente na reforma dos dispositivos que tratam das prisões preventivas, das medidas cautelares patrimoniais e da imposição de multas pecuniárias), e na proliferação de tipos penais de perigo. No plano processual, por sua vez, essa política fica evidente na ampliação do uso de técnicas ocultas de investigação e persecução penal. Além disso, noções como a de “indivíduos perigosos”, sobre as quais se constroem diversas estratégias de vigilância e de monitoramento, tornam patente certa tendência de inter-relação entre o Direito Penal e o Direito de Polícia.

Os chamados “crimes de perigo abstrato” constituem uma das marcas distintivas de um Direito Penal de Perigo. Inicialmente restrita ao campo dos delitos de trânsito, a partir da década de 1960, essa forma de tipificação passou a ganhar terreno com o recrudescimento do combate ao narcotráfico. Em

seguida, em resposta à criminalidade política e à violência atrelada ao terrorismo, passou-se a introduzir uma série de tipos penais que sancionavam preventivamente os próprios atos preparatórios de práticas violentas (§§ 98 a, b e 91 do Código Penal alemão¹⁸), fazendo surgir um importante debate sobre até que ponto o adiantamento de punibilidade poderia ser feito de forma legítima, para além dos limites aceitáveis da punição pela participação em organização terrorista (§§129 a e b), por um crime tentado ou mesmo pela execução de atos preparatórios prevista no § 30 do Código Penal¹⁹. Essa política de criminalização “em estado prévio à ocorrência do dano” também fez parte da estratégia de prevenção e de combate ao terrorismo formulada na reforma da União Europeia, por meio da qual se determinou a punição de atos de incitação ou de apoio a práticas terroristas, bem como de recrutamento e de formação de membros de organizações criminosas²⁰. Tipos penais como esses fazem referência a supostos riscos e a potenciais fontes de lesões a bens jurídicos, partilhando, assim, das incertezas e da sensação de insegurança que decorrem dos prognósticos de perigo.

Nesse plano, o terrorismo de motivação religiosa é o que recebe maior atenção das autoridades estatais, a ele sendo dedicadas muitas das análises de risco formuladas pela Polícia Europeia (*Europol*).

1 INCIDENTES TERRORISTAS (EVITADOS, INTERROMPIDOS E EFETIVAMENTE OCORRIDOS) NOS PAÍSES-MEMBRO DA EUROPOL, NÚMERO DE SUSPEITOS DE TERRORISMO, BEM COMO RELAÇÃO ENTRE O NÚMERO DE SUSPEITOS E O NÚMERO DE INCIDENTES



Fonte: Europol, 2009. EU Terrorism Situation and Trend Report, p. 12-13.

Contudo, a partir desse gráfico é possível notar que os casos de terrorismo relacionados ao islamismo são, na realidade, bastante raros. Por conta disso, causa certa perplexidade o fato de ser sensivelmente alto o número de indivíduos considerados suspeitos por esse tipo de terrorismo, sobretudo se comparado com aqueles fundados em outras ordens de motivações. É bem verdade que isso pode estar relacionado com as especificidades de estrutura de cada grupo e de cada rede terrorista. No entanto, esse descompasso sugere que o sistema de persecução penal, por estar atualmente orientado à prevenção e não à repressão de delitos, tem depositado sua atenção muito mais sobre atos potencialmente lesivos, tais como os atos preparatórios de recrutamento e de apoio a práticas terroristas em sentido amplo.

O objetivo de proteger a população contra indivíduos perigosos também desempenhou um papel importante na reforma dos dispositivos que regem as medidas de segurança, ocorrida em meados dos anos 1990. As formas de intervenção compõem uma espécie própria no sistema de penas do Direito Penal alemão²¹. Servindo apenas e tão somente à garantia de proteção da sociedade, elas independem da verificação de culpa do agente e, precisamente por isso, são capazes de satisfazer as necessidades de segurança, sobretudo nas situações em que a sanção penal limitada pela culpa não é capaz de fazê-lo. Antes de 1998, o regramento dessas medidas limitava sua imposição ao prazo de dez anos, sendo apenas depois dessa data que o instituto passou a poder ser aplicado por um período indeterminado²². Com o advento da Lei de Combate aos Crimes Sexuais e a Outras Condutas Perigosas, datada de 26 de janeiro de 1998²³, teve início uma ampliação do espectro de aplicação dessas medidas, as quais no início daquela década ainda eram vistas como antiquadas e dignas de extinção²⁴. A partir de então, elas passaram a ser aplicáveis tanto preventiva quanto retroativamente (§§ 66 a e b do Código Penal). Ademais, desde 2008 sua aplicação também é prevista para atos delitivos praticados por jovens infratores, que, de acordo com o Estatuto do Adolescente (§7), devem ser julgados por um tribunal específico. No espectro dessas reformas, nota-se uma clara flexibilização dos requisitos necessários à imposição de medidas de segurança a casos já julgados anteriormente. Verifica-se, ainda, uma espécie de mudança do foco dado por esse instrumento, de modo que a

antiga figura do “infrator habitual” passa a ceder espaço àquela do “delinquente perigoso”. Nesse contexto, a periculosidade deduzida da história de vida do autor torna-se cada vez menos relevante. O que mais importa, agora, é o prognóstico futuro, tornando o perigo representado pelo potencial infrator o objeto central de um prognóstico sustentado sobre as bases da psiquiatria e da psicologia forense. Não obstante tudo isso, recentemente o Tribunal Europeu para Direitos Humanos declarou a inconstitucionalidade dos efeitos retroativos da Lei de Combate aos Crimes Sexuais, de 1998, no que concerne à eliminação da limitação temporal à aplicação das medidas de segurança, alegando que esta violava o princípio da irretroatividade da lei penal, prevista no Art. 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁵. Ao contrário do que decidiu o Tribunal Constitucional alemão (ao entender que a referida eliminação não feriria a proibição de retroatividade insculpida no Art. 102 da Constituição²⁶), o Tribunal Europeu partira da ideia de que essas medidas, sobretudo tendo em vista algumas de suas modalidades de execução, deveriam ser interpretadas como “pena” no sentido dado pelo Art. 7 da Convenção, e que, portanto, também estariam sujeitas aos princípios básicos que regem essa espécie de sanção criminal.

Paralelamente a isso, no final da década de 1980 também ganha importância a recuperação de ativos ilícitos, vista desde então como um elemento central do combate à criminalidade organizada. A detecção e a retomada de valores derivados de atividades criminosas foram tematizadas na Convenção de Viena sobre Drogas, de 1988, e em seguida na Convenção sobre Criminalidade Transnacional, de 2000.

Na Alemanha, a implementação dessa política resultou em uma série de modificações legislativas, tais como a criação do tipo penal de “lavagem de capitais” (§261 do Código Penal), a ampliação dos dispositivos que tratam de medidas de confisco e de sequestro (§§ 73 e ss.), o surgimento de penas pecuniárias (§ 43a), bem como a criação de uma Lei de Lavagem de Dinheiro, na qual as diretrizes de combate formuladas pela União Europeia encontram-se delineadas²⁷. A mola propulsora dessa “busca pelo rastro do dinheiro” remonta à facilidade concedida internacionalmente para que as autoridades de cada país possam apreender todo e qualquer provento cuja origem seja

presumidamente criminosa²⁸. Esse tipo de inversão do ônus da prova, no entanto, acaba por violar não apenas a presunção de inocência, mas também o próprio princípio da culpa (ao menos nos casos em que as medidas de sequestro e de confisco de bens se apresentam como verdadeiras espécies de pena). Por outro lado, também as chamadas penas pecuniárias enfrentam problemas: na Alemanha, a regra que permitia ao juiz, diante de um crime apenado com dois ou mais anos de prisão, impor ao autor de uma pena patrimonial que atingisse a totalidade de seu patrimônio, acabou sendo considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional alemão, na medida em que violaria os princípios da culpa²⁹ e da taxatividade (Art. 10, § 2º da Lei Fundamental).

Apesar dessas restrições, permanece em vigor o procedimento de confisco (§73 d, Código Penal), que permite a decretação de perda de patrimônio sempre que o tribunal estiver convencido da origem delitiva de determinado valor, ainda que não se consiga provar qual fora efetivamente o crime praticado pelo autor. Em relação a essa hipótese, o Tribunal Constitucional não vislumbrou qualquer violação, alegando que o procedimento de confisco, previsto no Código Penal alemão, seria uma medida estritamente preventiva (e não repressiva), do que decorreria a total falta de necessidade de avaliá-lo sob a ótica do princípio da culpa³⁰.

Ao lado das medidas de recuperação de ativos e de congelamento de bens, visando garantir a efetividade de um eventual sequestro (§111, d, Código de Processo Penal alemão), nota-se também a criação de sistemas de ingerência preventiva sobre a esfera patrimonial das pessoas, fundados em uma lógica de combate a perigos (por exemplo, o § 33, alínea 2, da Lei de Polícia do estado de Baden-Württemberg). A criação de departamentos especializados de inteligência financeira, muitas vezes independentes dos órgãos judiciários, surge com o objetivo de combater práticas de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo, sobretudo por meio de registros minuciosos das operações econômicas conduzidas por indivíduos suspeitos.

Nesse contexto, a Organização das Nações Unidas e a União Europeia deram origem às chamadas “listas negras do terror”, nas quais constam nomes e outros dados de pessoas, grupos e empresas que, supostamente, têm relações com organizações terroristas (especialmente a Al Qaeda). A inclusão de deter-

minado nome nessa lista tem por consequência imediata o congelamento de seus respectivos bens, assim como a imposição de fortes restrições a suas liberdades econômicas e de locomoção³¹; assim, o confisco patrimonial ligado a essa espécie de “morte civil” passa a se justificar tão somente pela mera desconfiança que recai sobre um indivíduo considerado suspeito.

Outro fenômeno de grande importância consiste na proliferação do uso de meios ocultos de investigação³². Na Alemanha, eles foram tratados pela primeira vez nas leis sobre Estado de Necessidade de 1968, que introduziram a previsão de monitoramento telefônico como forma de produção de prova. Por meio da Lei de Combate ao Narcotráfico, de 1992, outros meios ocultos de investigação foram inseridos na legislação processual penal. Com a reforma conduzida naquele ano, foram criadas as bases jurídicas para o uso de técnicas investigatórias que, no passado, eram utilizadas exclusivamente em casos de terrorismo e de tráfico de drogas³³.

Com a introdução de dispositivos que autorizavam o recurso a escutas ambientais, em 1998, a ampliação do número de meios de investigação à disposição das autoridades ganhou ainda mais força. Finalmente, com a Lei de Proteção contra os Perigos do Terrorismo Internacional, o Departamento Federal de Investigações Criminais (*Bundeskriminalamt*) se viu fortalecido pela possibilidade de monitorar os fluxos de telecomunicações e de se utilizar de diversas técnicas alegadamente voltadas a garantir a proteção da população frente à insegurança. Ademais, desde 1992 observa-se a introdução de técnicas investigatórias entre o rol de poderes das autoridades policiais estaduais. No ano de 2007, contudo, talvez fazendo frente a toda essa evolução, concomitantemente à Diretiva Europeia nº 2006/24 (que trata da retenção de informações extraídas de dados telefônicos), entra em vigor uma nova regulamentação dos métodos de investigação utilizados pelas autoridades estatais como forma de adequar as regras processuais alemãs aos ditames internacionais, sobretudo após sucessivas decisões restritivas a elas impostas pelo Tribunal Constitucional alemão³⁴.

Finalmente, o desenvolvimento da política de segurança ainda traz consigo formas específicas de inter-relação entre Direito Penal, justiça penal e Direito de Polícia. Atualmente, conceitos relacionados à ideia de prevenção proliferam em diferentes contextos pela alusão à figura do “indivíduo perigoso”³⁵. Com

essa expressão, faz-se referência à pessoa tomada como provável fonte de crimes graves, ainda que não tenha realizado nenhuma ação consumativa capaz de justificar a instauração de um processo judicial e a imposição de sanção penal.

Essas linhas-mestras da política criminal contemporânea, aqui delineadas apenas de forma muito resumida, incluem ainda discursos legitimadores fundados nas ideias de periculosidade e de segurança e em uma maior demanda por intervenção penal, dando origem a processos de comunicação social e jurídica pautados pelo conceito de “risco”.

DISCURSOS JURÍDICOS E POLÍTICOS SOBRE SEGURANÇA E DIREITO PENAL

Os discursos jurídicos e políticos desenvolvem-se a partir de diferentes temáticas³⁶:

● SEGURANÇA E LIBERDADE

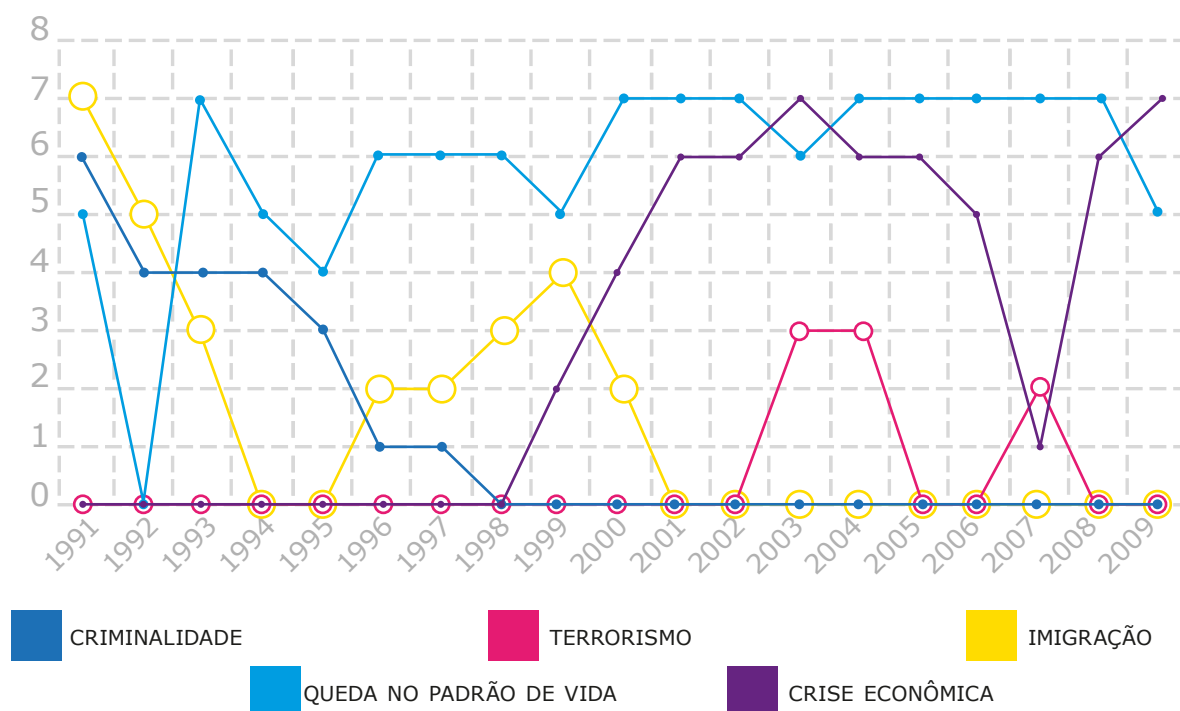
Em primeiro lugar, verifica-se na atualidade uma crescente tematização do que seria uma suposta tensão envolvendo a eficiência do processo penal e da política de segurança, de um lado, e a liberdade dos cidadãos, de outro. Os debates sobre essa relação conflituosa entre segurança, eficiência e liberdade vêm sendo marcados por um deslocamento da função atribuída ao Direito Penal, do qual se exigem mais e mais medidas garantidoras da segurança³⁷ e pela ênfase dada a riscos excepcionais atribuídos à criminalidade organizada transnacional e, sobretudo, ao terrorismo internacional. Com isso, também o conceito de “segurança” ganha novos contornos, passando a ser entendido cada vez mais como segurança frente à criminalidade e sobretudo frente à violência, convergindo nos conceitos de “segurança interna” e “segurança externa”³⁸.

O problema central consiste certamente na simples constatação de que a segurança em sentido amplo constitui necessariamente pressuposto da liberdade, de modo que, na realidade, não pode existir qualquer oposição entre esses dois valores. A liberdade apenas pode ser exercida se existirem condições sociais básicas de segurança que permitam a fruição desse Direito. Essa discussão, portanto, surge porque estão em jogo diferentes concepções

tanto sobre o que significa “ter segurança” quanto sobre em que medida ela efetivamente está sendo ameaçada.

Essas diferentes formas de conceber a segurança estão relacionadas a problemas de ordem metodológica e teórica decorrentes das diferentes possibilidades de interpretação de dados e de fatos relacionados ao tema. Em regra, o paradigma de interpretação que vem sendo utilizado remonta à President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice norte-americana de 1967³⁹, para quem as taxas de criminalidade teriam sido sempre demasiadamente altas e que, portanto, não obstante a conhecida tese de Durkheim sobre a “normalidade” do fenômeno do crime, sempre haverá demasiada criminalidade.

Contudo, interpretações alternativas para o tema podem ser percebidas, por exemplo, a partir dos estudos consolidados no 2º Relatório Periódico de Segurança alemão. Nele, fica evidente como são raros os casos de criminalidade grave (o que não impede, é verdade, que eles afetem a segurança das pessoas), como eles constituem uma parcela muito restrita da criminalidade total que atinge a população e como (apesar de assim não parecer à opinião pública e à mídia) não apenas não estão se tornando mais comuns, como, na realidade, vêm se tornando cada vez menos frequentes com o passar do tempo. Apesar de trazer essas informações, o Relatório faz referência a uma “dramática mudança” (nas condições de segurança), com destaque para a forte sensação de ameaça constante provocada pelo terrorismo internacional islâmico (sobretudo após o desarmamento de duas bombas plantadas em estações de trens em 2006 – as quais, vale frisar, também constituem fenômenos raros e isolados)⁴⁰. Se, no entanto, partirmos de um estudo de longo prazo realizado entre 1991 e 2008, perceberemos que o terrorismo internacional figurou em apenas dois momentos (em 2003 e 2007) como um dos sete “maiores medos da população alemã”. O medo da criminalidade, por sua vez, se mostra relevante apenas entre 1991 e 1997, depois disso não mais. A partir de então, ganham espaço muito mais os medos relacionados à deterioração das condições econômico-sociais, especialmente em relação ao aumento do custo de vida nas cidades e ao aprofundamento das crises econômicas (cf. Gráfico 2).



Fonte: pesquisas de opinião anuais formuladas pela companhia de seguros R + V Versicherung, disponível no site [<http://www.ruv.de>] (Acesso em: 20.jun.16).

Apesar disso, é preciso reconhecer que ainda não existe nenhum consenso sobre qual seria o verdadeiro potencial de intimidação das novas formas de criminalidade, bem como sobre se e de que modo elas afetam as condições de segurança de determinada comunidade. Uma das principais razões para essa falta de consenso reside no fato de que, até hoje, não se encontrou um critério satisfatório para se medir a quantidade e a qualidade da segurança de determinada população. Isso pode ocorrer – como já sugeriu Hassemer – porque as demandas de segurança parecem infinitas, não podendo nunca ser plenamente satisfeitas⁴¹. Essa impressão também está presente no diagnóstico paradoxal de que um aumento das condições de segurança vem sempre acompanhado de um aumento da sensação subjetiva de insegurança⁴². Esse problema, em si já relevante, torna-se ainda maior quando lembramos que, frente a novas formas de criminalidade, os padrões convencionais de interpretação dos perigos tendem a se mostrar ineficazes, dado que esse tipo de medição tem por base prognósticos cujos pressupostos são normalmente controversos.

O descompasso entre as condições reais e as sensações subjetivas de segurança já vem há tempos sendo descrito como paradoxo⁴³. E isso fica muito evidente quando notamos que as sensações de insegurança são muito mais acentuadas em grupos que estão menos sujeitos a figurar como vítimas de práticas criminosas. Em diversas pesquisas, homens e mulheres idosos se mostram submetidos a fortes sensações de insegurança, muito embora eles estejam sujeitos a níveis de violência muito menores do que, por exemplo, os jovens do sexo masculino⁴⁴.

As estatísticas também mostram que os entrevistados tendem a “notar” um aumento da criminalidade geral de sua cidade ou de seu estado ao mesmo tempo em que consideram que a criminalidade de seu bairro ou de sua vizinhança permanece estável ou sem grandes variações⁴⁵. Que essas distintas apreensões de perigo (e com isso as diferentes sensações de insegurança) ocasionalmente podem levar a decisões fatais que efetivamente afetam as condições objetivas de segurança da população é algo que se percebe, por exemplo, pela massiva queda no uso de aviões em favor do recurso a transportes terrestres, ocorrida após os ataques de 11 de setembro⁴⁶; nos Estados Unidos, essa mudança de padrão levou a um adicional de 1.600 mortes por acidentes de veículos nas estradas norte-americanas.

● CULPABILIDADE, PREVENÇÃO E PERICULOSIDADE

No ano de 2005, o Ministro do Interior Otto Schily refletia sobre a possibilidade de criação de uma detenção preventiva de indivíduos suspeitos de praticarem terrorismo⁴⁷. Tratava-se, à época, da proposta de uma custódia de segurança pautada exclusivamente pela periculosidade presumida de determinada pessoa. Tal medida encontra paralelos na política de *enemy combatant* dos Estados Unidos⁴⁸, bem como na prisão provisória por tempo indeterminado aplicada pelo Reino Unido aos estrangeiros suspeitos de terrorismo, prevista no *Anti-Terrorism, Crime, and Security Act* de 2001 – o qual, porém, acabou sendo declarado ilegal pela *House of Lords*, por violar o Art. 5, alínea 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴⁹, tendo sido substituído por outras espécies de medidas de segurança.

Na Alemanha, esse tipo de custódia está condicionado ao cometimento de determinado crime (grave); a prisão provisória fundada no risco de

reincidência delitiva (§ 112a do Código de Processo Penal) também exige que haja suspeita de cometimento de um crime grave específico. Igualmente, as Leis Policiais estaduais permitem um aprisionamento por um curto e determinado período (entre uma a duas semanas) apenas quando se está diante do perigo iminente de ocorrência de um sério delito. As novas formas de detenção preventiva, no entanto, nada têm a ver com esses tipos tradicionais de custódia. Afinal, elas não se restringem às mencionadas condições de perigo relacionadas ao cometimento de crimes específicos. Pelo contrário, nos novos casos, trata-se de focar a atenção do sistema sobre pessoas que, por pertencerem a grupos radicais ou por deterem alguma outra característica socialmente indesejada, são consideradas de modo genérico como perigosas, independentemente de gerarem um perigo iminente específico de ocorrência de determinado ato delitivo grave. A detenção preventiva fundada em uma fórmula genérica de periculosidade, contudo, afeta a conformação dada pela atual jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão ao princípio da proporcionalidade.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos considera admissível o uso de detenções preventivas apenas para casos relacionados a um rol restrito de crimes excepcionalmente graves. Isso vale, por exemplo, para as detenções de pessoas com distúrbios psíquicos que, por conta disso, representam um grande perigo para si e para os outros, bem como para as detenções de dependentes de álcool ou de drogas, ou mesmo daqueles capazes de propagar contagiosamente doenças graves na população (cf. Art. 5, alínea I, e, da Convenção Europeia). Nesse plano, o Tribunal Europeu para Direitos Humanos sustentou que a detenção provisória fundada em uma fórmula de periculosidade genérica violaria direta e injustificadamente o direito fundamental à liberdade⁵⁰.

Os debates sobre o quanto de liberdade que se abre mão em nome da segurança mostram-se como expressão clara de uma sensível reorientação da política criminal contemporânea, que cada vez mais se pauta por critérios de prevenção e coloca o sistema jurídico-penal em função de uma lógica de periculosidade. Nesse contexto, todas as reformas até aqui discutidas – como a ampliação da custódia de segurança, a criação de mecanismos eficientes de sequestro e de confisco patrimoniais, a proliferação de tipos penais de perigo

etc. – seguem sempre o mesmo fio condutor: por meio delas, a intervenção jurídico-penal deixa de estar voltada à culpabilidade atribuída por um tribunal por conta de determinado crime e passa a estar fundada na necessidade de prevenção de perigos especialmente graves.

• COLETA E SISTEMATIZAÇÃO AMPLAS DE INFORMAÇÕES

A partir de outro registro, um terceiro discurso que se insere nesse quadro diz respeito a uma suposta necessidade estatal de coleta, sistematização e elaboração de informações pessoais por parte de órgãos de segurança e de persecução penal com o fim formular prognósticos de risco, de conduzir eficientemente investigações criminais e, desse modo, garantir a segurança da população. Com efeito, a crescente ampliação e o refinamento das redes de dados pessoais vêm sendo descritos como duas das características principais das sociedades desenvolvidas⁵¹.

Nesse contexto, tanto instituições de proteção de dados pessoais quanto organizações de Direitos humanos têm chamado a atenção para certa voracidade estatal por dados e informações pessoais de seus cidadãos, criticando o que seria uma espécie de “morte da esfera privada”, cuja possibilidade de ocorrência aumenta ainda mais quando tecnologias da informação e amplos processos de coleta de dados passam a ser utilizados sob a justificativa de contribuir para a prevenção de riscos e para uma condução mais eficiente das investigações em matéria criminal. Com isso, percebe-se como as limitações impostas pelo Tribunal Constitucional no âmbito do julgamento da constitucionalidade da Lei do Censo⁵² são frágeis caso a retenção e a preservação de dados telefônicos e telemáticos continuem sendo tomadas como pressupostos necessários a uma política de prevenção mais efetiva. Afinal, com a alusão aos valores de proteção contra riscos e de eficiência das persecuções penais, o que se fornece é uma legitimação indiscriminada de toda e qualquer forma de coleta e de retenção de dados pessoais. Não é por acaso que, no julgamento sobre eventual inconstitucionalidade das regras de coleta e preservação de dados telefônicos, o Tribunal argumentou não haver qualquer violação constitucional se a retenção de informações é feita com vistas à prevenção⁵³, abrindo-se caminho, assim, para o surgimento de novos sistemas de informação voltados a essas finalidades.

- **CRIMINALIZAÇÃO EM ESTÁGIO PRÉVIO À EFETIVA OCORRÊNCIA DE DANO, TIPOS PENAIS DE PERIGO, PROGNÓSTICOS DE RISCO E COMBATE A PERIGOS**

O discurso sobre a necessidade de coleta de dados pessoais para a garantia de uma proteção eficiente contra perigos mantém uma relação estrita com a pergunta acerca da existência de situações e de contextos que justificariam uma intervenção preventiva por meio de tipos penais de perigo e de instrumentos ocultos de investigação criminal. Nesse plano, nota-se que a percepção da população em relação a formas especialmente perigosas de criminalidade está fortemente relacionada com um aumento das demandas pelo uso de métodos ocultos de investigação. Acima, fez-se referência às particularidades da chamada “criminalidade transacional”; com efeito, o comércio de armas, de drogas e até de pessoas traz consigo especificidades e colocam o Direito Penal diante de problemas distintos daqueles envolvendo o combate à criminalidade convencional. Por um lado, estruturas de redes e de organizações, fluxos de ofertas e demanda, quebras de concorrência e compartimentalização de mercados demonstram quão importante a coleta e a sistematização de informações pode ser.

É preciso ainda lembrar que, em contextos como os de terrorismo e de outras formas de violência extrema, estamos lidando com fenômenos de *high impact/ low probability*, isto é, com crimes que, muito embora sejam pouco comuns, acabam representando um potencial de dano extremamente significativo. Por isso é que se costuma afirmar que as decisões nesse campo envolvem custos políticos muito grandes. Afinal, se providências deixam de ser tomadas e um resultado danoso ocorre por conta disso, um forte prejuízo político recai sobre aquele que deveria ter adotado medidas interventivas. Se, por outro lado, providências cabíveis são tomadas visando a uma prevenção eficaz de grandes riscos, nada impede que alguém as veja como custos materiais e imateriais excessivamente altos, dado que aquilo que se previne não pode ser usado como argumento legitimador, já que o resultado danoso que serviria para ponderar os custos e benefícios da intervenção normalmente não chega sequer a ocorrer.

A problemática envolvendo resultados de *low probability/ high impact* está estritamente ligada aos problemas relativos aos prognósticos de perigo

utilizados para fundamentar a imposição de detenções preventivas. Até o presente momento, uma série de posicionamentos críticos se concentrou em discutir os prognósticos aplicados à realidade norte-americana⁵⁴. Independentemente da forma como eles se manifestam (se como prognoses estatísticas ou clínicas), eles se baseiam em análises comparativas, de modo que sua capacidade de acerto depende necessariamente da frequência com que o resultado previsto ocorre na realidade. Assim, resultados muito incomuns conduzem a prognósticos com uma taxa de acerto muito baixa, expressa tanto em “falsos positivos” (a ocorrência do resultado é prevista sem que efetivamente venha acontecer) quanto em “falsos negativos” (a não ocorrência do resultado é prevista, mas este vem efetivamente a acontecer depois).

O atual estágio dessas análises sugere que toda previsão de periculosidade está sujeita a uma grande chance de erro, e que, diante disso, resta apenas decidir qual taxa deve ser reduzida, com o consequente aumento da outra. A lógica de segurança tende a dar preferência à diminuição da taxa de “falsos negativos”, fazendo com que muitas pessoas prefiram se submeter a práticas preventivas mesmo sem representarem qualquer perigo (dado que muitas delas não cometeriam atos violentos mesmo podendo fazê-lo), aumentando-se exponencialmente, assim, os déficits de liberdade na comunidade em que vivem.

● PROPORCIONALIDADE

Outro discurso que ganha espaço diz respeito à efetivação do princípio da proporcionalidade. Por um lado, sabe-se que a punição de crimes de perigo abstrato, assim como a imposição de medidas preventivas independentes da atribuição de culpa, levanta questionamentos sobre a necessidade e a adequação dessas formas de intervenção, bem como sobre a necessidade de ponderação entre interesses persecutórios e direitos fundamentais de liberdade. Por outro lado, é sobretudo em relação aos métodos ocultos de investigação criminal que o princípio da proporcionalidade ganha especial importância. Isso porque tais ferramentas, assim como ocorre com a interceptação telefônica, costumam ser utilizadas de forma ampla e muitas vezes indiscriminada, fazendo com que também uma grande quantidade de pessoas não suspeitas seja por elas atingidas. Com isso, são produzidas não apenas informações que dizem respeito ao passado de suspeitos, mas também dados que podem ser

utilizados em prognósticos preventivos contra qualquer pessoa, violando-se, assim, a intimidade de terceiros independentemente de serem esses dados parte da esfera personalíssima de um indivíduo, e sem que eles sejam objeto de uma contestação adequada por meio de procedimentos jurídicos formais específicos (tal como ocorre com aqueles efetivamente acusados em um processo criminal).

Dessa forma, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que saber que estamos sendo vigiados constitui uma das garantias de exercício ativo dos Direitos de todo cidadão e um elemento central de toda democracia em real funcionamento. De acordo com o Tribunal, portanto, não seria apenas a liberdade do indivíduo que estaria sendo violada pelo perigo constante de coleta secreta de informações pelo Estado; esse aparato também acabaria afetando o bem comum, isto é, o interesse geral da população como um todo, na medida em que a autodeterminação constitui uma das condições básicas de existência de um regime democrático fundado na capacidade de ação e de participação de seus cidadãos⁵⁵.

De fato, o princípio da proporcionalidade encontra-se no centro das atenções do legislador e daqueles que determinam a realização de medidas investigatórias. Sua efetivação é garantida, por exemplo, pela criação de grupos de delitos que tratam de formas de criminalidade grave, organizada e transnacional, fazendo com que perigos especialmente importantes sejam enfrentados a partir de um tratamento diferenciado. Por outro lado, ele também está presente na submissão de instrumentos persecutórios à cláusula de reserva de jurisdição, nas limitações relacionadas à ideia de *ultima ratio*, na proibição de produzir ou de rejeitar provas em casos excepcionais, na necessidade de citação e de ampla comunicação dos interessados no processo, no desentranhamento de provas ilícitas, no controle interno feito por meio de remédios constitucionais e no controle externo feito pelo monitoramento contínuo da prática judicial, para a qual contribui muito a criação de mecanismos de transparência *post facto* e a publicação de estatísticas que garantam calculabilidade e clareza sobre o uso de meios ocultos de investigação.

Obviamente, essas formas de transparência podem se mostrar contraproduativas e prejudiciais aos objetivos dessas técnicas investigatórias. Talvez isso explique, inclusive, porque no passado existiu um déficit de estudos empíricos

tão sensível em relação aos atos de comunicação dos envolvidos no processo⁵⁶, e porque, à exceção do que ocorre com as escutas telefônicas e ambientais e com o fluxo de dados, não foi atribuído às autoridades estatais qualquer dever de documentar ou de publicar as informações colhidas por meio de todas as demais técnicas ocultas de investigação.

● O NÚCLEO DOS DIREITOS DE LIBERDADE

Outro debate central é aquele sobre o núcleo dos Direitos à liberdade e à privacidade, isto é, sobre aquilo que deve ser visto como indispensável nos Direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional alemão tem proferido uma série de decisões nos últimos anos, estabelecendo limites para o uso indiscriminado de escutas telefônicas e de outras formas ocultas de investigação⁵⁷. Foram proibidas, por exemplo, modalidades excessivamente amplas de vigilância e de monitoramento⁵⁸, tendo sido frisado que outras técnicas de investigação e outros instrumentos preventivos do Direito de Polícia (tais como a escuta telefônica⁵⁹) não devem se imiscuir no núcleo da esfera privada dos indivíduos⁶⁰.

Igualmente, é preciso assegurar esse núcleo também no caso das escutas clandestinas ainda em curso, cessando-as imediatamente se elas não respeitarem limites mínimos. Tais decisões judiciais elevam os custos da utilização de técnicas ocultas de investigação e, ademais, aumentam as limitações econômicas que se impõem sobre esses instrumentos. Tanto é assim que a jurisprudência do Tribunal Constitucional acabou ensejando um processo de reforma que culminou na Nova Regulamentação de Escutas Telefônicas e de outras Formas de Investigação, assim como em uma modificação da Diretiva Europeia nº 2006/24. Com isso, ao lado do objetivo de harmonizar as regras processuais relacionadas a essas modalidades de investigação, o que se buscou foi adequar seu uso aos parâmetros delineados pelas decisões do Tribunal Constitucional. Por um lado, este reconhece a necessidade de uso de meios de instrução sofisticados; por outro lado, no entanto, sublinha que tais intervenções não podem afetar o núcleo da esfera privada das pessoas⁶¹.

É verdade que o julgamento sobre a constitucionalidade das escutas ambientais, no âmbito do qual a proteção desse núcleo foi especialmente acentuada, foi recepcionado tanto com manifestações de concordância quanto

com críticas⁶². De qualquer modo, fato é que a clara referência a uma defesa absoluta desse núcleo acabou gerando uma forte redução nos casos de escutas ambientais existentes (que à época não eram extremamente numerosos). Em estudo conduzido pelo Departamento Federal de Investigações Criminais sobre a utilização das escutas, faz-se referência ao aumento de problemas enfrentados pelas autoridades persecutórias por conta da necessidade de assegurar a esfera privada dos indivíduos; ao mesmo tempo, sugere-se que essa proteção seria mais bem garantida se o monitoramento de residências fosse autorizado por lei, o que, no entanto, não significaria outra coisa que a absoluta eliminação de qualquer âmbito intocável da esfera privada dos indivíduos⁶³.

Essa postura não pode ser chamada de proteção de Direitos fundamentais; afinal, se uma proposta desse tipo fosse aceita, tudo que é privado estaria a princípio suprimido, permitindo-se, no máximo, que uma análise *post facto* verificasse o que podia e o que não podia ter sido objeto de investigação. Tanto é assim que, em um segundo patamar de proteção, decisões do Tribunal Constitucional admitiram⁶⁴ o uso de técnicas de investigação como as escutas telefônicas preventivas⁶⁵ e as investigações conduzidas na internet⁶⁶; para tanto, contudo, frisou-se a importância de garantir que as informações relativas ao núcleo da esfera privada dos indivíduos não sejam levantadas, ainda que, até o momento, se saiba pouco sobre quais seriam as melhores formas de implementação dessa proteção⁶⁷.

• ACEITAÇÃO E LEGITIMIDADE

As técnicas ocultas de investigação são também analisadas sob o prisma da confiabilidade depositada no Estado e em suas instituições (aceitação e legitimidade). Por esse plano, costuma-se fazer referência a pesquisas de opinião que tratam de uma considerável aquiescência da população em relação ao uso geral de técnicas de investigação e de um amplo monitoramento técnico⁶⁸ (*someone to watch over me*). No entanto, esse grau de concordância cai consideravelmente assim que essas modalidades passam a ser propostas para o entorno próximo do entrevistado, isto é, para sua vizinhança ou sua esfera íntima (*scanners* para o corpo).

Do ponto de vista da legitimação política, portanto, trata-se de uma discussão sobre a confiança dos cidadãos enquanto elemento-chave de uma

sociedade democrática, bem como sobre a necessidade de assegurar esferas de liberdade e de intimidade sobre as quais se espera que não haja qualquer intervenção.

● **A ATRIBUIÇÃO AOS PARTICULARES DE DEVERES DE COMBATE À CRIMINALIDADE**

Nesse contexto, com o advento da Diretiva Europeia nº 2006/24 e da obrigatoriedade de coleta e retenção de dados telefônicos, ganha especial atenção a discussão sobre os custos envolvidos nesse processo, isto é, sobre quem deverá arcar com os gastos derivados da construção dessa estrutura de monitoramento dos fluxos de telecomunicação. A compreensível postura do governo e do legislativo pretendia atribuir esses ônus às próprias empresas de telefonia. No entanto, diversos tribunais constitucionais da Europa manifestaram-se contrários a essa proposta, restringindo-a significativamente⁶⁹.

Ao setor privado, obviamente, interessa não arcar com o custeio desse sistema de monitoramento. Tanto é assim que, para se contrapor à proposta do governo, as empresas levantaram argumentos relativos ao Direito de propriedade que estaria sendo violado com estas imposições e argumentos relativos a possíveis distorções na livre concorrência que poderiam surgir com a adoção dessa política. E isso vale tanto para as empresas de telecomunicação, que teriam de arcar com grandes custos materiais e pessoais para viabilizarem a implementação dessas técnicas de monitoramento quanto para as exigências de controle e fiscalização de operações suspeitas de lavagem de dinheiro, impostas às instituições financeiras⁷⁰. Essa discussão, prévia à própria aplicação das diretrizes europeias, coloca em evidência um complexo problema, que envolve desde os relevantes prejuízos que podem vir a ser impostos aos provedores de telecomunicação⁷¹, até uma diminuição sensível dos investimentos aportados nesse setor da economia nacional⁷².

● **COMBINAÇÕES: TÉCNICAS OCULTAS DE INVESTIGAÇÃO, MÉTODOS DE PRODUÇÃO DE PROVA QUE INDUZEM O SUSPEITO A ERRO E CORREÇÃO (FAIRNESS) PROCEDIMENTAL**

Constantemente, também se nota o uso combinado de técnicas ocultas de investigação e de medidas de persecução criminal que induzem o suspeito a

erro. A correção (*fairness*) processual dessa combinação vem sendo objeto de importantes debates, nos quais se discute, por exemplo, se provas produzidas de forma a enganar o acusado podem ou não ser introduzidas e valoradas no processo penal.

Em um caso paradigmático citado nesse plano, tratava-se de debater a correção do ato de escutar diálogos travados por presos no interior de suas celas, ou mesmo das salas em que recebiam suas visitas⁷³. A isso se acrescentam ainda práticas policiais que, de forma similar, omitem aos suspeitos a informação de que suas conversas com outras pessoas estão sendo ouvidas e registradas, ou mesmo que gravam interrogatórios sem conhecimento do acusado⁷⁴. Tanto em um caso quanto em outro, o que ocorre é uma indução, por parte de policiais ou membros do serviço secreto, para que pessoas realizem determinada conduta que pode lhe vir a ser prejudicial no futuro. Sobretudo nos casos de venda e consumo de substâncias entorpecentes, esse tipo de técnica de persecução foi amplamente utilizada desde a década de 1970⁷⁵. Esse problema alcança também as atividades dos funcionários de serviços secretos de investigação, dos informantes e está presente ainda na prática de ilícitos sob a vigilância e por incentivo de agentes policiais. Todos esses temas foram, desde sua introdução, objeto de discussão nos tribunais superiores, tendo sido avaliados até mesmo pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁷⁶.

Naquela oportunidade, tratava-se, fundamentalmente, de discutir o alcance do princípio do *nemo tenetur*, a correção procedimental da adoção das técnicas persecutórias e, sobretudo, os limites aceitáveis da utilização de métodos ocultos e muitas vezes enganadores de investigação e de instrução criminal. Tanto o Superior Tribunal e o Tribunal Constitucional alemães quanto o Tribunal Europeu de Direitos Humanos concordaram que uma persecução penal eficiente das mais novas formas de criminalidade precisaria lançar mão de técnicas especiais e, inclusive, ocultas, de coleta de informação e de produção de prova⁷⁷. Porém, ao partir de diversos precedentes extraídos de suas próprias jurisprudências, os tribunais consideraram importante estabelecer limites claros ao uso indiscriminado desses recursos, de modo que, antes de se induzir uma pessoa a prejudicar a si própria, sejam consideradas questões importantes, como o grau de suspeita que recai sobre ela, a gravidade dos fatos que lhe são

imputados e a magnitude dos problemas persecutórios que surgiriam se tais medidas não fossem adotadas⁷⁸.

Não obstante essas limitações, contudo, o Superior Tribunal de Justiça alemão entendeu que a não observância desses critérios não ensejaria qualquer nulidade no processo, apenas justificando uma diminuição da pena que eventualmente venha a ser imposta. Por outro lado, o Tribunal Constitucional, em decisão proferida no ano de 2000, entendeu que a atuação de agentes secretos e de informantes, com exceção de quando recebem passivamente informações, estaria condicionada a uma autorização legal específica para poderem induzir pessoas a prestarem declarações de qualquer ordem⁷⁹. A partir daí, a gravação clandestina de interrogatórios encontra-se estritamente ligada a diversas outras técnicas atentatórias à correção (*fairness*) processual, como a pressão do acusado para que preste informações que lhe são prejudiciais⁸⁰, o recurso à prisão arbitrária e a presos dispostos a cooperar com a realização de escutas ambientais clandestinas, ou mesmo a gravação de conversas íntimas entre acusados que aguardam julgamento e suas respectivas companheiras⁸¹.

● PERICULOSIDADE E INDIVÍDUOS “PERIGOSOS”

Na Alemanha, programas voltados a indivíduos “perigosos” ficaram conhecidos sobretudo pelas medidas adotadas contra (jovens) reincidentes⁸², praticantes de violência doméstica, acusados de terrorismo, criminosos sexuais e até mesmo contra torcedores de futebol considerados “fanáticos”. Em todos esses casos, trata-se sempre da mesma pergunta: como evitar que indivíduos considerados perigosos venham a cometer crimes extremamente graves?

Para dar respostas a esse desafio, tais programas têm início com a identificação daqueles considerados potencialmente “perigosos” (isto é, com grande probabilidade de cometerem ou até mesmo de reincidirem em determinadas práticas delitivas), para que então sejam levantadas informações sobre eles junto ao sistema de justiça e às autoridades policiais, dando origem, assim, a todo um sistema de dados sofisticado a embasar a adoção de medidas de vigilância preventiva. Foi então que, por exemplo, jovens reincidentes passaram a ser submetidos explicitamente a medidas de monitora-

mento (como visitas periódicas, referências constantes a seus registros de antecedentes criminais, bem como outras formas de intervenção policial). Paralelamente, autores de violência doméstica passaram a ser intimados enquanto tais e informados constantemente sobre as graves consequências derivadas de uma eventual reincidência no delito.

Aqueles tomados como simpatizantes de organizações terroristas foram colocados sob uma ampla vigilância, sobretudo desde o ano de 2006, com a criação de um sistema de informação especializado em terrorismo⁸³. Nesse plano, principalmente após os ataques de 11 de setembro de 2001, as investigações virtuais em busca das chamadas “células terroristas adormecidas” (*Schläfern*)⁸⁴ fizeram com que o conceito de indivíduo perigoso ganhasse uma importância prática ainda maior. Frente a isso, no entanto, o Tribunal Constitucional alemão procurou estabelecer claras limitações ao uso desses instrumentos, de modo que ele não possa ser fundado apenas e tão somente na referência a uma vaga periculosidade geral de determinado indivíduo. Pelo contrário. Seria necessária a existência de um perigo específico para que essas medidas pudessem ser tomadas de forma legítima⁸⁵. Já no que tange àqueles torcedores identificados como “fanáticos”, passou-se a submetê-los a limitações para viajar e comparecer a estádios de futebol, e até mesmo lhes impor prisões preventivas⁸⁶. Finalmente, contínuos monitoramentos de condenados por crimes sexuais passaram a ser justificados por prognósticos de reincidência, baseados em dados estatísticos sobre esse tipo de prática delitiva, produzidos conjuntamente por funcionários da justiça criminal e por autoridades policiais⁸⁷.

Em todos os casos, estamos diante de um conceito de indivíduo perigoso que serve como ponto de contato entre o Direito Penal, o Direito de Polícia e o sistema de serviço secreto. Os fenômenos, ademais, representam problemas atinentes às diferentes formas de apreensão das ameaças e de construção social de riscos, aos prognósticos de periculosidade, à implementação de sistemas de prevenção de riscos, assim como às consequências diretas e indiretas da adoção de conceitos de prevenção seletivos, que podem ser definidos como técnicas de *governance* (regulação política) dos riscos e de prevenção de resultados danosos (todos eles marcados pela já mencionada relação de *low probability/ high impact*).

CONCLUSÃO

As reformas realizadas nas duas últimas décadas desembocaram, em parte, no surgimento de um verdadeiro “Direito Penal de Segurança”, orientado ao combate do terrorismo e de outras formas de violência extrema, da criminalidade sexual e de diversas formas de criminalidade organizada. Em todos os casos, a política criminal está fortemente fundada na ideia de prevenção de perigos; sob a pressão de diversos discursos sustentados por experiências violentas traumáticas e pela crescente sensibilização da esfera pública em relação ao fenômeno delitivo, essa política se pauta menos pelo que já aconteceu e mais pelo que ainda pode vir a acontecer.

Isso fica claro pelo crescente recurso a prognósticos de perigo (*threat assessments*), que cada vez mais tomam o espaço dos critérios tradicionalmente utilizados na formulação de estatísticas criminais. Nessa esteira, os discursos políticos se desenvolvem a partir da identificação de lacunas de segurança que, no plano do Direito Penal Material, devem ser supostamente preenchidas com a criação de tipos penais de perigo e de uma reestruturação do sistema de sanções voltadas à eliminação das situações de perigo que a sociedade enfrentaria. Ao lado desse desenvolvimento do Direito Material, uma expansão do uso de métodos ocultos de investigação e de persecução colocam o processo penal e o Direito de Polícia a serviço de supostas necessidades de criação de redes de informação e de prognósticos de perigo.

Esse movimento transforma a orientação tradicional do sistema jurídico-penal, que deixa de pautar-se pela reação e pela repressão a condutas já praticadas e passa a funcionar em uma chave proativa, visando à criação de condições de segurança. Enfraquece-se, assim, toda referência aos atos perpetrados pelo agente e à retribuição de sua culpa, ao mesmo tempo em que ganha força uma série de discursos que colocam em relação de tensão as ideias de segurança, liberdade e proporcionalidade. Ao avaliar a constitucionalidade dos tipos penais de perigo, o Tribunal Constitucional alemão achou por bem impor pouquíssimas restrições ao legislador. Esse tipo de concessão de um considerável âmbito de decisão (ao se admitir a referência a riscos e perigos no interior da legislação) já ficara claro no caso Cannabis, julgado pelo Tribunal em 1994⁸⁸. Nele, um aumento no uso de medidas de segurança fora justificado com base em uma argumentação extremamente formalista, que

frisara o caráter de Direito Policial (e, portanto, não penal) da medida, negando, conseqüentemente, a necessidade de submetê-la aos princípios vigentes aplicáveis à imposição de penas em sentido próprio.

Apesar disso, no entanto, a jurisprudência do Tribunal Constitucional parece estar disposta a estabelecer limites bastante estritos para o uso indiscriminado de métodos ocultos de investigação e de persecução, tal como ocorreu no julgamento sobre a coleta e a retenção de dados telefônicos e telemáticos. Por sua vez, a figura do “indivíduo perigoso” e a implementação de programas voltados a seu monitoramento permanecem sem receber a devida atenção por parte dos tribunais superiores – o que causa estranheza, sobretudo se levarmos em consideração o fato de que é precisamente aqui que as estritas conexões entre Direito Penal, justiça penal, processo penal e prevenção policial de perigos ficam mais evidentes. O “indivíduo perigoso”, assim como as práticas institucionais a ele relacionadas, surge de uma concepção problemática de segurança, cuja promoção também o Direito Penal vem sendo chamado a assumir como parte de seu dever.

NOTAS

1 KLUG, U. “Abschied von Kant und Hegel”. In: BAUMANN, J. (Org.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*. Frankfurt am Main, 1968, p. 36 e ss.

2 Na Alemanha, estes métodos de investigação criminal foram tematizados pela primeira vez na Lei de Estado de Necessidade de 1968, a qual introduzira a previsão de monitoramento telefônico como instrumento de persecução penal. Na Lei de Combate ao Narcotráfico, de 1992, outras modalidades foram introduzidas na legislação processual penal.

3 (N.T.): Por “criminalidade transacional” (*Transaktionskriminalität*) costuma-se entender uma espécie de criminalidade no âmbito da qual se verifica uma forte presença de transações econômicas e de condutas assemelhadas às relações de mercado. Como principais exemplos, citam-se as diversas modalidades de tráfico, a prática de lavagem de capitais e de crimes econômicos e financeiros, todos eles caracterizados pela lesão de interesses propriamente coletivos e pela dificuldade ou mesmo impossibilidade de individualização de suas vítimas.

4 KINZIG, J. “Neues von der Sicherungsverwahrung – ein Überblick über den Stand der Gesetzgebung”. In: *Strafverteidiger* n° 22, 2002, p. 500-504; KINZIG, J. “Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland”. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* n° 30, 2010, p. 233-239.

5 HASSEMER, W. “Sicherheit durch Strafrecht”. In: *hrr-Strafrecht* 4/2006, p. 130-143. STRATENWERTH, G. “Das Strafrecht im Schnittpunkt öffentlicher und privater Interessen”. In: SCHWEIZERISCHE ARBEITSGRUPPE FÜR KRIMINOLOGIE (Org.): *Öffentlich – Privat. Neue Aufgabenverteilung in der Kriminalitätskontrolle?*. Zurich, 2006, p. 15-26.

6 Sobre isto, ver, por exemplo, o NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES. *The 9/11 Commission Report*. Washington, 2004, p. xv: “How did this happen, and how can we avoid such tragedy again?”. CREUTZFELD, M. (et al). *Bericht der Kommission Gutenberg-Gymnasium*. Erfurt, 2004. No mesmo caminho: INTELLIGENCE AND SECURITY COMMITTEE. *Report into the London Terrorist Attacks on 7 July 2005*. London, 30 de março de 2006.

7 MASLOW, A. *Motivation und Persönlichkeit*. Olten, 1977.

8 KAUFMANN, FX. *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, 2. ed. Stuttgart, 1973. _____. “Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von

Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie”. In: BAYERISCHE RÜCKVERSICHERUNG (Org.). *Gesellschaft und Unsicherheit*. Karlsruhe, 1987, p. 37-48

9 Sobre este ponto, ver os estudos sobre as campanhas de auxílio iniciadas após a ocorrência de ataques terroristas. Cf. STEIN, B., TANIELIAN, T., EISENMAN, D., KEYSER, D., BURNAM, A. & PINCUS, H. “Emotional and Behavioral Consequences of Bioterrorism: Planning a Public Health Response”. In: *Milbank Quarterly*, nº 82, 2004, p. 413-455.

10 Ver: KRAUß, D. “Menschenrechte zwischen Freiheit und Sicherheit”. In: SESSAR, K. (Org.). *Herrschaft und Verbrechen. Kontrolle der Gesellschaft durch Kriminalisierung und Exklusion*. Berlin, 2008, p. 49-69.

11 GLOS, M. “Innere Sicherheit stärken”. In: *Politische Studien* \49, 1998, p. 21-29.

12 A título de exemplo, ver DEA/FBI/RCMP. *Canada/US Organized Crime Threat Assessment, 2006*; SERIOUS ORGANISED CRIME AGENCY. *The United Kingdom Serious Organised Crime Threat Assessment 2006/2007*. London, 2008; 2. *Periodischer Sicherheitsbericht*. Berlin, 2006; EUROPOL. *High Tech Crimes Within the EU: Old Crimes, New Tools. Threat Assessment 2007*. Den Haag, 2008. Ver também: Association of Threat Assessment Professionals [<http://www.atapworldwide.org/>] (Acesso em: 20.jun.16).

13 HOUSE OF LORDS. *Europol: Coordinating the fight against serious and organised crime: Report with Evidence*. London: The Stationery Office, 12. nov. 08

14 SMITH, B. “A Look at Terrorist Behavior: How they Prepare, Where They Strike”. In: *NIJ Journal* nº 260, 2008, p. 2-6. Sobre isso, ver também a decisão da Comissão Europeia de criar um “sistema de alerta preventivo” capaz de dar conta das ameaças a interesses financeiros da Comunidade Europeia: *Early Warning System C*, 2004, 193/3. Sobre os problemas relativos à proteção de dados daí decorrentes, ver: *Letter from the European Ombudsman opening own-initiative inquiry OI/3/2008/FOR concerning the European Commission*. Estrasburgo, 29 de outubro de 2008.

15 JENKINS, B. M. “Building an Army of Believers. Jihadist Radicalization and Recruitment”. In: RAND. Washington, 2007; _____. “Defining the Role of a National Commission on the Prevention of Violent Radicalization and Homegrown Terrorism. Testimony presented before the House Committee on Homeland Security, Subcommittee on Intelligence, Information Sharing, and Terrorism Risk Assessment”. In: RAND. Washington, 2007.

Paralelamente, ver a análise de FARRINGTON, D. “Early Identification and Preventive Intervention: How Effective is this Strategy?”. In: *Criminology and Public Policy*, nº 4, 2005, p. 237-248.

16 Ver, por exemplo, o órgão inglês *Joint Terrorism Analysis Centre* (JTAC), fundado em 2003, a *Homeland Security Commission* norte-americana, ou o *Antiterror-Zentrum* alemão, com sede em Berlin.

17 SUNSTEIN, C. “Terrorism and Probability Neglect”. In: *The Journal of Risk and Uncertainty*, nº 26, 2003, p. 121-136.

18 Os quais puniam a simples preparação de atos violentos e atentatórios às instituições do Estado, o mero acordo ou mesmo as meras orientações ou instigações que tivessem por objetivo o cometimento de tais práticas.

19 Ver, sobre isto, o posicionamento da Câmara Federal dos Advogados (*Bundesrechtsanwaltskammer*) diante de um projeto de lei que previa a punição de atos preparatórios de crimes violentos. Cf. *Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten*. Berlin, 2008; RADKE, H. & STEINSIEK, M. “Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen? – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten (Referentenentwurf des BMJ vom 21.4.2008)”. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008, p. 383-396.

20 Framework Decision No. 2008/919/JHA, adotada em 28 de novembro de 2008. Ver também a decisão nº OJ L 330, de 9 de dezembro de 2008, p. 21.

21 Sobre isto: KAISER, G. *Befinden sich die strafrechtlichen Maßregeln in der Krise?*. Heidelberg, 1990.

22 KINZIG, J. *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*. Freiburg, 1996.

23 *Bundesgesetzblatt*, 1998, Parte I, p. 160 e ss.

24 De forma resumida, KINZIG, J. *Die Sicherungsverwahrung*, *op. cit.*

25 Tribunal Europeu para Direitos Humanos vs. Alemanha, 19359/04, julgado 17 de dezembro de 2009 (vinculante desde 10 de maio de 2010); resumindo a questão, ver: KINZIG,

J. “Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland”. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, nº 30, 2010, p. 233-239.

26 Tribunal Constitucional Alemão, julgamento de 5 de fevereiro de 2004, BvR 2029/01.

27 HERZOG, F. (Org.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*. Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen. München, 2006; KILCHLING, M. “Die Bedeutung der Geldwäschebekämpfung als gezielte Strategie zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität in der aktuellen Diskussion: Theorie und Praxis”. In: GEHL, G. (Org.). *Geldwäschebekämpfung, Zeugenschutz, Gewinnabschöpfung – Wege zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität? Ein europäischer Vergleich*. Weimar, 2004. p. 27-44.

28 KILCHLING, M. *Die Praxis der Gewinnabschöpfung in Europa*. Freiburg, 2001, p. 12 e ss.

29 Tribunal Constitucional Alemão, julgamento de 20 de março de 2002, 2 BvR 794/95.

30 Tribunal Constitucional Alemão, decisão de 14 de janeiro de 2004, 2 BvR 564/95. Criticamente, ESER, A. “Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität? Kritische Bemerkungen zu aktuellen Reformbemühungen”. In: KÜPER, W. (Org.). *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg, 1993, p. 833-853.

31 Neste sentido, ver a decisão do Tribunal Europeu de 3 de outubro de 2008, C-402/05 P, C-415/05 P. De forma resumida, também: MEYER, F. “Rechtsstaat und Terrorlisten – Kaltstellung ohne Rechtsschutz”. In: *HRRS*, nº 11, 2010, p. 74-85. Igualmente, MARTY, D. *UN Security Council black lists. Introductory memorandum Parliamentary Assembly Committee on Legal Affairs and Human Rights Strasbourg*, de 19 de março de 2007.

32 (N.T.): O termo *verdeckte Ermittlungsmaßnahmen* é de difícil tradução, não encontrando correspondência exata em língua portuguesa. Trata-se, aqui, de métodos e técnicas de investigação e persecução que se caracterizam por fugirem ao conhecimento da população e, principalmente, daqueles que figuram como investigados ou acusados. Exemplos consagrados são a interceptação telefônica, as escutas ambientais, a quebra de dados telemáticos etc. Em todas estas hipóteses, os meios persecutórios encontram-se “ocultos”, de modo a garantir a própria efetividade de investigação a que visam. Utilizei o termo “meios ocultos de investigação” como forma de enfatizar este aspecto.

33 Assim, por exemplo, a ampliação do espectro de utilização das buscas e coletas de dados eletrônicos pessoais para fins de persecução penal, cf. PEHL, Dirk. *Die Implementation der Rasterfahndung*. Berlin, 2008.

34 Lei de Nova Regulamentação do Monitoramento das Telecomunicações e de outros meios ocultos de investigação, em atendimento à Diretiva Europeia nº 2006/24/EG, BT-Drs. 16/545.

35 LESMEISTER, D. *Polizeiliche Prävention im Bereich jugendlicher Mehrfachkriminalität. Dargestellt am tatsächlichen Beispiel des Projekts “Gefährderansprache” des Polizeipräsidiums Gelsenkirchen*. Hamburgo, 2008.

36 Sobre a importância destes discursos políticos e normativos para as análises internacionais comparadas, ver ROSS, J. “Undercover Policing and the Shifting Terms of Scholarly Debate: The United States and Europe in Counterpoint”. In: *Annual Review of Law and Social Sciences*, nº 4, 2008, p. 239-273.

37 HASSEMER, W. “Sicherheit durch Strafrecht”. In: *HRRS*, nº 7, 2006, p. 130-143.

38 Sobre isso, ver: KRAUß, D. “Menschenrechte zwischen Freiheit und Sicherheit”. In: SESSAR, K. (Org.): *Herrschaft und Verbrechen. Kontrolle der Gesellschaft durch Kriminalisierung und Exklusion*. Berlin, 2008, p. 49-69.

39 THE PRESIDENT’S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE. *The Challenge of Crime in a Free Society*. Washington: United States Government Printing Office, 1967, p. 22.

40 BUNDESMINISTERIUM DES INNEREN E BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*. Berlin, 2006, p. 25.

41 HASSEMER, W. “Strafrecht, Prävention, Vergeltung”. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 7, 2006, p. 266-273 e p. 270.

42 KAUFMANN, FX. *op. cit.*, p. 38; EULER-COOK, S. “Verbrechensvorbeugung in Städten. Kulturvergleichende Reflexionen”. In: *Kriminalistik*, nº 46, 1992, p. 563-568.

43 DUFFY, B. & WAKE, R. (et al). “Closing the gaps – crime and public perceptions”. In: *International Review of Law, Computers & Technology*, nº 22, 2008, p 17-44.

44 KRUG, E. & DAHLBERG, L. (et al). “World report on violence and health”. In: *World Health Organization*. Genève, 2002, p. 10.

45 STEPHAN, E. *Die Stuttgarter Opferbefragung*. Wiesbaden, 1976 p. 125 e ss.

46 GIGERENZER, G. “Out of the frying pan into the fire: Behavioral reactions to terrorist attacks”. In: *Risk Analysis*, nº 26, 2006, p. 347-351.

47 *Jornal Süddeutsche Zeitung* de 3 ago. de 2005.

48 WALTHER, S. “Präventivhaft für terrorismusverdächtige ‘Gefährder’: eine Option für Deutschland?”. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 2, 2007, p. 464-475.

49 De forma resumida, COOPER BLUM, S. “Preventive Detention in the War on Terror: A Comparison of How the United States, Britain, and Israel Detain and Incapacitate Terrorist Suspects”. In: *Homeland Security Affairs*, nº 4, 2008, p. 1-30, p. 16.

50 Tribunal Europeu para Direitos Humanos, caso *Ciulla vs. Itália*, Proposta N. 11152/84, julgado de 22 de fevereiro de 1989; resumidamente, ver WALTHER, S., *op. cit.*, p. 472 e ss.

51 KOOPS, BJ. “Technology and the Crime Society: Rethinking Legal Protection”. In: *TILT, Law & Technology Working Paper No. 010*, Tilburg University, 23 de março de 2009, p. 3 e ss. ANDERSON, R., (et al). *The Database State*. London, 2009.

52 Tribunal Constitucional Alemão 65, p. 1 e ss.

53 Tribunal Constitucional Alemão, julgamento de 02 de março de 2010, 1 BvR 256/08, nº 218.

54 MONOHAN, J. *The Clinical Prediction of Violent Behaviour*. Rockville, 1981. No mesmo sentido, ver AUERHAHN, K. “Conceptual and Methodological Issues in the Prediction of Dangerous Behavior”. In: *Criminology and Public Policy*, nº 5, 2006, p. 771-778.

55 Tribunal Constitucional Alemão, 65, p. 1 e ss.; ver também Tribunal Constitucional Alemão, julgamento de 22 de agosto de 2006, 2 BvR 1345/03 (sobre o IMSI Catcher); em sentido similar, a motivação utilizada pela *United States District Court Eastern District of Michigan, Southern Division*, sobre o caso nº 06-CV-10204, o qual tratou de todos os programas de monitoramento criados e implementados por atos do presidente logo após as tragédias de 11 de setembro.

56 BACKES, O. & GUSY, C. *Wer kontrolliert die Telefonüberwachung?*. Frankfurt am Main, 2003. Também: ALBRECHT, HJ, DORSCH, C., KRÜPE, C. *Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*. Freiburg, 2003.

57 Tribunal Constitucional Alemão, 109, p. 279 e ss.; também Tribunal Constitucional Alemão, *NJW* 2005, p. 2603 e ss. Para mais, ver: Tribunal Constitucional Alemão, 100, p. e ss. 109, p. 279; Tribunal Constitucional Alemão, 2 BvR 581/01 de 12 de abril de 2005.

58 Tribunal Constitucional Alemão, 11 de maio de 2007, 2 BvR 543/06.

59 Tribunal Constitucional Alemão. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 2603 e ss.

60 Sobre isto, também: Tribunal de Rheinland-Pfalz, julgamento de 29 de janeiro de 2007, VGH B 1/06.

61 Tribunal Constitucional Alemão, 109, p. 279 e ss.

62 BALDUS, M. “Überwachungsrecht unter Novellierungsdruck. Zu den legislativen Auswirkungen des Verfassungsgerichtsurteils zum ‘Großen Lauschangriff’”. In: SCHAAR, P. (Org.): *Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung: Staatliche Eingriffsbefugnisse auf dem Prüfstand*. Bonn, 2004. p. 9-27.

63 GRAF, S., MERKEL, C. (et al). *Auswirkungen gesetzlicher Neuregelungen auf die Ermittlungspraxis der Strafverfolgungsbehörden*. Abschlussbericht. Wiesbaden, 2008, p. 30 e p. 48.

64 Impresses do Parlamento Alemão nº 16/12081 16. Período de 2009. *Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gisela Piltz, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Dr. Max Stadler, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drucksache 16/11945*, p. 4.

65 Julgamento de 27 de julho de 2005, 1 BvR 668/04.

66 Julgamento de 27 de fevereiro de 2008, 1 BvR 370/07.

67 Sobre isto, ver os Impresses do Parlamento Alemão nº 16/12081 16. Período de 2009. *Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gisela Piltz, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Dr. Max Stadler, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drucksache 16/11945 – Kernbereichsschutz bei technischen Überwachungsmaßnahmen*.

68 SAETNAN, A. R. & DAHL, J. Y. “Views From Under Surveillance. Public Opinion in a Closely Watched Area in Oslo”. In: *Norwegian Centre for Human Rights*. Oslo, 2004, p. 19 e ss.

69 Tribunal Constitucional Austríaco, julgamento em 27 de fevereiro de 2003, Az. G37/02, P. 2; Corte Constitucional Francesa, decisão n° 2000–441, DC de 28 dez. 2000.

70 PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Anti-Money Laundering Current Customer Review Cost Benefit Analysis*. London, 2003; REUTER, P. & TRUMAN, E. *Chasing Dirty Money. The Fight Against Money Laundering*. Washington, 2004; YEANDLE, M. (et al). *Anti-Money Laundering Requirements: Costs, Benefits and Perceptions*. London, 2005.

71 NUNO ALVARO, A. *Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die Vorratsspeicherung von Daten, die in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlicher elektronischer Kommunikationsdienste verarbeitet und aufbewahrt werden, oder von Daten, die in öffentlichen Kommunikationsnetzen vorhanden sind, für die Zwecke der Vorbeugung, Untersuchung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich Terrorismus, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Europäisches Parlament*. Working paper de 21.jan.05.

72 KPMG. *Informatie Risk Management, Onderzoek naar de opslag van historische verkeersgegevens van telecommunicatieaanbieders*. Amstelveen, novembro de 2004; *Extended Impact Assessment, {COM(2005) 438 final}*. Brussels, 21 de setembro de 2005.

73 Sobre isso, ver o julgamento do Superior Tribunal de Justiça alemão, de 29 de abril de 2009 (1 StR 701/08): uma escuta ambiental fora implantada para registrar os diálogos de um acusado preso com sua mulher; o Superior Tribunal de Justiça vislumbrou, na hipótese, uma violação da correção (*fairness*) procedimental e determinou o desentranhamento dessas provas do processo.

74 Ver o julgamento do superior Tribunal de Justiça alemão, de 18 de maio de 2010 – 5 StR 51/10.

75 De forma resumida, ver EBERTH, A. (et al). *Verteidigung in Betäubungsmittelsachen*, 5. ed. Heidelberg, 2008, p. 190 e ss.

76 Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, caso Bykov vs. Russia (proposta n° 4378/02), julgamento em 10 de março de 2009.

77 Tribunal Constitucional Alemão, publicado na *Strafverteidiger*, 1985, p. 177 e ss.; ver também Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, julgamento em 05 de fevereiro de 2008, 74420/01, publicado na *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, p. 3565.

78 Cf. EBERTH, A. (et al). *Verteidigung in Betäubungsmittelsachen*, *op. cit.*, p. 194.

79 Tribunal Constitucional Alemão, 2 BvR 2017/94, de 1º de janeiro de 2000, parágrafo nº 9.

80 Superior Tribunal de Justiça Alemão, acórdão de 18 de maio de 2010 (5 StR 51/10).

81 Superior Tribunal de Justiça Alemão, acórdão de 29 de abril de 2009 (1 StR 701/08); analisando criticamente este julgado, ver HAUCK, P. “Lauschangriff in der U-Haft – Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 29. 4. 2009 (1 StR 701/08) und Versuch einer dogmatischen Klärung”. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2010, p. 17-22.

82 STEFFEN, W. “Mehrfach- und Intensivtäter: Aktuelle Erkenntnisse und Strategien aus dem Blickwinkel der Polizei”. In: *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, nº 14, 2003, p. 152-159.

83 Lei de Criação do Sistema Integrado de Informações da Polícia e dos Órgãos de Inteligência Federais e Estaduais, de 22.dez.06.

84 (N.T.): O termo alemão *Schläfern*, neste contexto, refere-se ao que, após os atentados de 11 de setembro, ficou conhecido como “células (terroristas) adormecidas” (*sleeper cells*). Trata-se, aqui, de uma das táticas utilizadas por grandes organizações terroristas para garantir a efetividade de seus mais importantes ataques. Uma célula adormecida consiste em um ou mais agentes que, após um treinamento próprio, são encaminhados para outros países para assimilar sua cultura e seus modos de vida. Esses agentes podem permanecer nesses locais por anos, desempenhando regularmente suas atividades como cidadãos comuns, até mesmo como forma de garantir seu disfarce; no entanto, uma vez recrutados, eles devem “despertar”, facilitando ou até mesmo participando ativamente de determinado atentado planejado por sua organização.

85 Tribunal Constitucional Alemão, acórdão de 4 abr. 2006, 1 BvR 518/02, no qual se frisou que um monitoramento policial eletrônico preventivo apenas pode ser feito se houver um perigo concreto e imediato que o justifique. A referência a uma periculosidade geral, portanto, não basta.

86 ALBRECHT, HJ. “Fußball und Gewalt. Entwicklungen, Erklärungsansätze und Prävention”. In: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, nº 89, 2006, p. 158-174.

87 Ver, por exemplo, os dados estatísticos sobre as taxas de soltura de criminosos sexuais (*Haftentlassenenankunftsdatei Sexualstraftäter – “HEADS”*), em *Bayern, Bayerisches Staatsministerium der Justiz: Pressemitteilung 71/2007, Sexualstraftäterdatei “HEADS”*. München, 21 de maio de 2007.

88 Tribunal Constitucional Alemão, julgamento de 9. mar. 94 – 2 Bv L 43/49. Ver também o julgamento do Tribunal Constitucional Alemão publicado na *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, nº 17 (1997). p. 498. Ver, finalmente: Tribunal Constitucional Alemão, 2 BvL 8/02, julgamento de 29 jun. 04 (sobre o pedido do Tribunal de Justiça de Bernau para que fosse declarada a inconstitucionalidade da criminalização da manipulação de cânabis).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : ALBRECHT, HJ., DORSCH, C. & KRÜPE, C. *Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*. Freiburg, 2003.
- : _____. “Fußball und Gewalt. Entwicklungen, Erklärungsansätze und Prävention”. In: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, nº 89, 2006.
- : ANDERSON, R., (et al). *The Database State*. London, 2009.
- : AUERHAHN, K. “Conceptual and Methodological Issues in the Prediction of Dangerous Behavior”. In: *Criminology and Public Policy*, nº 5, 2006.
- : BACKES, O. & GUSY, C. *Wer kontrolliert die Telefonüberwachung?*, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2003.
- : BALDUS, M. “Überwachungsrecht unter Novellierungsdruck. Zu den legislativen Auswirkungen des Verfassungsgerichtsurteils zum ‘Großen Lauschangriff’”. In: SCHAAR, P.(Org.): *Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung: Staatliche Eingriffsbefugnisse auf dem Prüfstand*. Bonn: Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz, 2004.
- : BAYERN. BAYERISCHES STAATSMINISTERIUM DER JUSTIZ: *Pressemitteilung 71/2007, Sexualstraftäterdatei ‘HEADS’*. München, 21 de maio de 2007.
- : BUNDESMINISTERIUM DES INNEREN BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*. Berlin, 2006.
- : BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER ZUM REFERENTENENTWURF EINES GESETZES ZUR VERFOLGUNG DER VORBEREITUNG VON SCHWEREN GEWALTSTATEN. *Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten*. Berlin, 2008.
- : BUNDESREGIERUNG. *Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gisela Piltz, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Dr. Max Stadler, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP. Drucksache 16/11945 – Kernbereichsschutz bei*

- technischen Überwachungsmaßnahmen*. Deutscher Bundestag, Drucksache 16/12081, 2009.
- : COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Extended Impact Assessment, {COM(2005) 438 final}*. Brussels, 21 de setembro de 2005.
- : COOPER BLUM, S. “Preventive Detention in the War on Terror: A Comparison of How the United States, Britain, and Israel Detain and Incapacitate Terrorist Suspects”. In: *Homeland Security Affairs*, nº 4, 2008.
- : CREUTZFELD, M. (et al). *Bericht der Kommission Gutenberg-Gymnasium*. Erfurt, 2004.
- : DEA/FBI/RCMP. *Canada/US Organized Crime Threat Assessment*, 2006.
- : DUFFY, B., WAKE, R. (et al). “Closing the gaps – crime and public perceptions”. In: *International Review of Law, Computers & Technology*, nº 22, 2008.
- : EBERTH, A. (et al). *Verteidigung in Betäubungsmittelsachen*. 5. ed. Heidelberg, 2008.
- : ESER, A. “Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität? Kritische Bemerkungen zu aktuellen Reformbemühungen”. In: KÜPER, W. (Org.). *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg, 1993.
- : EULER-COOK, S. “Verbrechensvorbeugung in Städten. Kulturvergleichende Reflexionen”. In: *Kriminalistik*, nº 46, 1992.
- : EUROPEAN OMBUDSMAN. *Letter from the European Ombudsman opening own-initiative inquiry OI/3/2008/FOR concerning the European Commission*. Estrasburgo, 29 de outubro de 2008.
- : EUROPOL. *EU Terrorism Situation and Trend Report*, 2009.
- : EUROPOL. *High Tech Crimes Within the EU: Old Crimes, New Tools. Threat Assessment 2007*. Den Haag, 2008.
- : FARRINGTON, D. “Early Identification and Preventive Intervention: How Effective is this Strategy?”. In: *Criminology and Public Policy*, nº 4, 2005.

- : GIGERENZER, G. “Out of the frying pan into the fire: Behavioral reactions to terrorist attacks”. In: *Risk Analysis*, nº 26, 2006.
- : GLOS, M. “Innere Sicherheit stärken”. In: *Politische Studien* nº 49, 1998.
- : GRAF, S., MERKEL, C. (et al). *Auswirkungen gesetzlicher Neuregelungen auf die Ermittlungspraxis der Strafverfolgungsbehörden*. Abschlussbericht, Wiesbaden: 2008.
- : HASSEMER, W. “Sicherheit durch Strafrecht”. In: *hrr-Strafrecht* 4/2006.
- : _____. “Strafrecht, Prävention, Vergeltung”. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 7, 2006.
- : HAUCK, P. “Lauschangriff in der U-Haft – Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 29. 4. 2009 (1 StR 701/08) und Versuch einer dogmatischen Klärung”. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2010.
- : HERZOG, F. (Org.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*. Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen. München, 2006.
- : HOUSE OF LORDS. *Europol: Coordinating the Fight Against Serious and Organised Crime. Report with Evidence*. London: The Stationery Office, 12 de novembro de 2008.
- : INTELLIGENCE AND SECURITY COMITEE. *Intelligence and Security Committee Report into the London Terrorist Attacks on 7 July 2005*. London, 30 de março de 2006.
- : JENKINS, B. M. “Building an Army of Believers. Jihadist Radicalization and Recruitment”. In: *RAND*. Washington, 2007.
- : _____. “Defining the Role of a National Commission on the Prevention of Violent Radicalization and Homegrown Terrorism. Testimony presented before the House Committee on Homeland Security, Subcommittee on Intelligence, Information Sharing, and Terrorism Risk Assessment”. In: *RAND*. Washington, 2007.
- : KAISER, G. *Befinden sich die strafrechtlichen Maßregeln in der Krise?*. Heidelberg: 1990.
- : KAUFMANN, FX. “Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie”. In: Bayerische Rückversicherung (Org.). *Gesellschaft und Unsicherheit*. Karlsruhe, 1987.

- : _____ . *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, 2. ed. Stuttgart: 1973.
- : KILCHLING, M. “Die Bedeutung der Geldwäschebekämpfung als gezielte Strategie zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität in der aktuellen Diskussion: Theorie und Praxis”. In: GEHL G. (Org.). *Geldwäschebekämpfung, Zeugenschutz, Gewinnabschöpfung – Wege zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität? Ein europäischer Vergleich*. Weimar, 2004.
- : _____ . *Die Praxis der Gewinnabschöpfung in Europa*. Freiburg, 2001.
- : KINZIG, J. “Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland”. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, nº 30, 2010.
- : _____ . “Neues von der Sicherungsverwahrung – ein Überblick über den Stand der Gesetzgebung”. In: *Strafverteidiger*, nº 22, 2002.
- : _____ . *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*. Freiburg, 1996.
- : KLUG, U. “Abschied von Kant und Hegel”. In: BAUMANN, J (Org.). *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*. Frankfurt am Main, 1968.
- : KOOPS, BJ. “Technology and the Crime Society: Rethinking Legal Protection”. In: *TILT, Law & Technology Working Paper N. 010*, 2009, Tilburg University, 23 de março de 2009.
- : KPMG. *Informatie Risk Management, Onderzoek naar de opslag van historische verkeersgegevens van telecommunicatieaanbieders*. Amstelveen, Novembro, 2004.
- : KRAUß, D. “Menschenrechte zwischen Freiheit und Sicherheit”. In: SESSAR, K. (Org.). *Herrschaft und Verbrechen. Kontrolle der Gesellschaft durch Kriminalisierung und Exklusion*. Berlin, 2008.
- : KRUG, E., DAHLBERG, L. (et al). “World report on violence and health”. In: *World Health Organization*. Genève, 2002.
- : LESMEISTER, D. *Polizeiliche Prävention im Bereich jugendlicher Mehrfachkriminalität*. Dargestellt am tatsächlichen Beispiel des Projekts “Gefährderansprache” des Polizeipräsidiums Gelsenkirchen. Hamburgo, 2008.

- : MARTY, D. *UN Security Council black lists*. Introductory memorandum Parliamentary Assembly Committee on Legal Affairs and Human Rights. Strasbourg, 19 de março de 2007.
- : MASLOW, A. *Motivation und Persönlichkeit*. Olten, 1977.
- : MEYER, F. “Rechtsstaat und Terrorlisten – Kaltstellung ohne Rechtsschutz”. In: *HRRS*, nº 11, 2010.
- : MONOHAN, J. *The Clinical Prediction of Violent Behaviour*. Rockville, 1981.
- : NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES. *National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States: The 9/11 Commission Report*. Washington, 2004.
- : NUNO ALVARO, A. “Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die Vorratsspeicherung von Daten, die in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlicher elektronischer Kommunikationsdienste verarbeitet und aufbewahrt werden, oder von Daten, die in öffentlichen Kommunikationsnetzen vorhanden sind, für die Zwecke der Vorbeugung, Untersuchung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich Terrorismus, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Europäisches Parlament”, *Working paper* de 21 de janeiro de 2005.
- : PEHL, D. *Die Implementation der Rasterfahndung*. Berlin, 2008.
- : THE PRESIDENT’S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE. *The Challenge of Crime in a Free Society. A Report by the President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*. Washington, 1967.
- : PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Anti-Money Laundering Current Customer Review Cost Benefit Analysis*. London, 2003.
- : RADKE, H. & STEINSIEK, M. “Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen? – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten (Referentenentwurf des BMJ vom 21.4.2008)”. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008.

: REUTER, P. & TRUMAN, E. *Chasing Dirty Money. The Fight Against Money Laundering*. Washington, 2004.

: ROSS, J. “Undercover Policing and the Shifting Terms of Scholarly Debate: The United States and Europe in Counterpoint”. In: *Annual Review of Law and Social Sciences*, nº 4, 2008.

: SAETNAN, A. R., DAHL, J. Y. “Views From Under Surveillance. Public Opinion in a Closely Watched Area in Oslo”. In: *Norwegian Centre for Human Rights*. Oslo, 2004.

: SERIOUS ORGANISED CRIME AGENCY. *The United Kingdom Serious Organised Crime Threat Assessment 2006/2007*. London, 2008.

: SMITH, B. “A Look at Terrorist Behavior: How they Prepare, Where They Strike”. In: *NIJ Journal* 2008, vol. 260.

: STEFFEN, W. “Mehrfach- und Intensivtäter: Aktuelle Erkenntnisse und Strategien aus dem Blickwinkel der Polizei”. In: *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, nº 14, 2003.

: STEIN, B., TANIELIAN, T., EISENMAN, D., KEYSER, D., BURNAM, A. & PINCUS, H. “Emotional and Behavioral Consequences of Bioterrorism: Planning a Public Health Response”. In: *Milbank Quarterly* nº 82, 2004.

: STEPHAN, E. *Die Stuttgarter Opferbefragung*. Wiesbaden, 1976.

: STRATENWERTH, G. “Das Strafrecht im Schnittpunkt öffentlicher und privater Interessen”. In: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie (Org.): *Öffentlich – Privat. Neue Aufgabenverteilung in der Kriminalitätskontrolle?*. Zurich, 2006.

SUNSTEIN, C. “Terrorism and Probability Neglect”. In: *The Journal of Risk and Uncertainty*, nº 26, 2003.

WALTHER, S. “Präventivhaft für terrorismusverdächtige ‘Gefährder’: eine Option für Deutschland?”. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* nº 2, 2007.

YEANDLE, M. (et al). *Anti-Money Laundering Requirements: Costs, Benefits and Perceptions*. London, 2005.

DIAGNÓSTICO DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA (1984-2009)

Luiz Guilherme Mendes de Paiva

A proposta do artigo é elaborar um diagnóstico da política criminal brasileira recente¹. Embora seja um dos aspectos centrais para a compreensão da política legislativa penal nas últimas duas décadas, passarei ao largo do debate sobre a exigência da individualização da responsabilização penal na sociedade do risco, que foi objeto de extensa discussão pelos demais autores participantes desta coletânea. O papel que me coube foi o de descrever o fenômeno da criação da lei penal sob a perspectiva do legislador.

Pretendo, assim, traçar um histórico político-criminal da produção legislativa penal brasileira nos últimos 25 anos, adotando como marco inicial a reforma penal de 1984. Para atingir tal objetivo, penso ser necessário estabelecer como premissa a circunstância de que a funcionalidade técnica da dogmática jurídico-penal está diretamente associada à crença da racionalidade do legislador², que seria capaz de forjar, na lei penal, uma técnica de controle social baseada em mecanismos formais, coerentes, claros e impessoais, tendentes a apropriarem-se dos conflitos individuais, processá-los e, então, desarmá-los a partir das respostas jurídicas apresentadas.

Tal premissa pode parecer corriqueira, ou ainda ingênua do ponto de vista criminológico. Penso, no entanto, ser importante ressaltar que um discurso político-criminal está sempre vinculado a uma determinada teoria da pena, no sentido de que sempre assume uma determinada resposta para o *problema do delito* como justa, correta e eficiente. Por isso, é a teoria da pena que determina os parâmetros de avaliação político-criminal da atividade legislativa. Se a teoria do delito tem sido o principal palco de debates da dogmática penal, é da teoria da pena que partem os legisladores. A *racionalidade de fins* esteve presente no discurso legislativo político-criminal em todo esse período, cumprindo identificar quais foram os fins eleitos pelo legislador, e quais os meios escolhidos para atingi-los.

Não desconheço a posição que imputa à dogmática o papel de ressignificar as categorias jurídicas criadas pelo legislador, a fim de torná-las aplicáveis.

Acredito, no entanto, ser contraproducente minimizar os obstáculos impostos pela própria lei para se garantir a aplicação racional do Direito, uma vez que sua finalidade é estabelecida pelo legislador³.

Assim, a melhor forma de avaliação de uma determinada proposta legislativa penal é aquela que identifica o discurso punitivo intrínseco àquela proposta. No que diz respeito ao diagnóstico da legislação penal brasileira nos últimos 25 anos, é preciso compreender em que medida as principais leis desse período romperam com o modelo penal anterior⁴ ou, diversamente, reforçaram o discurso prevalecente.

Para iniciar a exposição, é importante esclarecer os critérios utilizados para selecionar os marcos legislativos: tratam-se das leis penais que, de alguma forma, passaram a representar em si parâmetros para outros projetos de lei, ou simbolizam um determinado movimento ou grupo de pressão que exigiu do legislador a adesão a algum discurso punitivo ou orientação das práticas penais.

MARCOS LEGISLATIVOS E DIAGNÓSTICO POLÍTICO-CRIMINAL

REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL E A NOVA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (1984)

Em 1984, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 7.209, que reformou toda a Parte Geral do Código Penal Brasileiro de 1940. Embora seu anteprojeto tenha sido elaborado e aprovado ainda durante o regime militar, já há algum tempo a doutrina e a jurisprudência antecipavam, na prática, as mudanças que seriam consolidadas no novo texto legal.

Como seria de se esperar, aqueles tempos conturbados deixariam suas marcas na legislação penal. Por exemplo: enquanto a nova Parte Geral consolidava a rejeição à criminalização dos atos preparatórios, a Lei de Segurança Nacional, sancionada apenas seis meses antes, havia tipificado os “atos preparatórios de sabotagem” (art. 15, § 2º). É possível, no entanto, definir a nova Parte Geral como um dos marcos iniciais do Estado Democrático de Direito que seria construído nos anos seguintes, a saber:

A jurisdicionalização da execução penal; a valorização de alternativas penais à privação de liberdade; o abandono do conceito de periculosidade; a escolha da ressocialização como função da pena, entre outras mudanças,

acompanharam o movimento de “inserção do discurso jurídico-penal na experiência histórica concreta do sistema penal institucionalizado”⁵ e representaram a inequívoca adesão da nova política penal brasileira a um determinado modelo de controle social penal – fundado na crença retributivo-ressocializadora da pena, sintetizando, de maneira algo extemporânea, a experiência penal nos Estados de bem-estar⁶.

O relativo consenso acadêmico de que gozava tal modelo, contudo, não foi capaz de prever as transformações causadas, paradoxalmente, pela adesão do país ao constitucionalismo democrático-social. Apenas quatro anos mais tarde, a promulgação da nova Constituição assentou as bases para uma radical transformação político-criminal no país.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: GARANTISTA OU CRIMINALIZADORA?

Os anos de ditadura não foram suficientes para deslegitimar o aparato repressor do Estado. Ao contrário, os diversos grupos sociais que mediram forças durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, seja qual fosse sua posição no espectro político, encontraram no Direito Penal a ferramenta para consolidar seus interesses. Surgem daí os mandatos constitucionais de criminalização: normas que determinam a criminalização de determinadas condutas, como a síntese das contradições de interesses representados naquela ocasião.

De um lado, o legislador constituinte formalizou uma série de princípios e garantias penais e processuais – legalidade, igualdade, humanidade da pena, culpabilidade – e, de outro, “substituiu-se ao legislador infraconstitucional na tarefa incriminadora”⁷, selecionando bens jurídicos que, de tão relevantes, não poderiam prescindir da tutela penal.

Várias condutas foram constitucionalmente criminalizadas – o racismo (art. 5º, XLII); a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV); a retenção do salário dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, X); atividades lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º); a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes (art. 227, § 4º). Não é difícil identificar cada mandato de criminalização com o grupo social que o patrocinou. É ainda mais simples

constatar que, em comum, todos esses grupos partilhavam de uma certeza: a proteção do Direito Penal conferia *status* de prioridade a um determinado direito ou interesse.

Não se tratava, apenas, de assegurar os Direitos fundamentais recém-conquistados, de forma a conferir ao Estado o papel de guardião desses Direitos⁸. A teoria do bem jurídico, tão cara aos penalistas daqueles tempos, foi adotada pela metade: não importava verificar se o Direito Penal era necessário, ou mesmo eficaz, para a proteção dos Direitos. Tratava-se de um projeto político legitimador, em que o Direito Penal era o próprio veículo da legitimação.

Em síntese, os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal, impondo a instituição de um sistema de proteção de Direitos por meio de normas penais – o “dever de prestação normativa em matéria penal”⁹. E, se é verdade que tais mandatos não são exclusividade brasileira, nossa Constituição “adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo ‘catálogo’ de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia”¹⁰, o que abrigou, muitas vezes, posições que se antagonizam¹¹.

Sem perder de vista o objetivo dessa apresentação, cumpre ressaltar a mudança no discurso punitivo que passou a orientar, indelevelmente, o Direito Penal brasileiro. A política criminal minimalista e ressocializadora, adotada pelo legislador de 1984, foi substituída por outra, legitimadora do controle penal como sinônimo de reconhecimento político – ou, na terminologia de Zaffaroni e Pierangeli, de mero exercício de poder¹².

Não seria razoável, aqui, minimizar o papel de dois fenômenos paralelos que, a toda evidência, catalisaram esse processo de mudança político-criminal: (i) o aporte teórico, notadamente europeu continental, acerca da necessidade de tutela penal dos interesses difusos; e (ii) a influência notadamente norte-americana no chamado movimento político-criminal da *lei e ordem*, ou Direito Penal de emergência. Ambos, de alguma forma, corroboraram o processo de sobrelegitimação do Direito Penal como *prima ratio*, e, se o primeiro tem atraído a atenção da academia brasileira na última década, como evidencia a própria realização desse evento, temo ter sido o segundo que atraiu as atenções do mundo político¹³.

LEIS DOS CRIMES HEDIONDOS: LEGISLAÇÃO AUTORREFERENTE (1990)

No item anterior, ao me referir aos mandatos constitucionais de criminalização, deixei propositadamente de mencionar um dos mais célebres: o previsto no art. 5º, XLIII:

[...] a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

A designação *crimes hediondos*, até então estranha ao discurso criminológico e jurídico-penal, surgiu no debate constituinte no momento em que os partidos de esquerda propuseram a criminalização, sob cláusulas duras, de manifestações de racismo, de ações contra o Estado Democrático de Direito e da tortura. A direita, por sua vez, propôs que às mesmas cláusulas duras se sujeitassem a luta revolucionária, sob a designação de terrorismo, o tráfico ilícito de entorpecentes e outros crimes considerados particularmente graves. “Essencialmente unidos na crença de que a criminalização severa de uma conduta constitua um expediente eficaz para evitá-la”¹⁴, esquerda e direita criaram um subsistema jurídico-penal fechado, autônomo e vazio, equiparando esse rol desconhecido de delitos aos crimes mais graves de todo o ordenamento jurídico¹⁵.

A partir daí, o legislador ordinário foi instado a regulamentar a Constituição e definir quais seriam aqueles crimes hediondos. E sob a perspectiva político-criminal de que “é a pena afitiva que comunica o valor da norma de comportamento e o grau de reprovação em caso de desrespeito”¹⁶ é que as decisões legislativas seriam tomadas a partir dali, “uma vez que representa a medida com que a opinião pública irá avaliar o desempenho parlamentar no enfrentamento ao problema da criminalidade”¹⁷. Consolidava-se “a contrarreforma em nosso sistema punitivo”¹⁸.

Assim, inúmeras propostas de inclusão de condutas no rol dos crimes hediondos foram apresentadas pelo Congresso, e a cada crime de grande repercussão social seguiu-se a seleção de um ou mais desses projetos para a

tramitação parlamentar em caráter de urgência. O sequestro de um célebre empresário conduziu à primeira edição da lei; o bárbaro assassinato de uma jovem atriz motivou o primeiro projeto de lei de iniciativa popular, para incluir naquele rol o homicídio qualificado; um escândalo nacional de falsificação de antibióticos e anticoncepcionais culminou, ainda, na inclusão da conduta de fabricar ou vender remédios e produtos alimentícios falsificados.

A particularidade da inclusão, na Lei dos Crimes Hediondos, da obrigatoriedade de responder preso ao processo, e da exigência de cumprimento da pena em regime integralmente fechado, demonstra a agudez do novo modelo político-criminal vigente. A mera acusação pelo cometimento daqueles fatos passou a significar que a segregação independia até mesmo da instauração de uma ação penal, bastando a avaliação da autoridade policial no momento do flagrante; ademais, uma vez condenado, seu comportamento carcerário seria irrelevante, pois, naqueles casos, a ressocialização do criminoso não era mais o objetivo da pena, e o regime de cumprimento seria integralmente fechado. Não é demais lembrar que tais medidas negavam diretamente a concepção sobre a qual fora construída a Lei de Execução Penal, cujo sistema progressivo está fundado no binômio trabalho/disciplina.

Defendo a tese de que a edição da Lei dos Crimes Hediondos foi determinante para o processo de ruptura entre a opinião pública e a opinião acadêmica. A oposição da maioria da doutrina penal aos aspectos jurídicos e político-criminais que compõem o discurso embutido na lei não foi suficiente para suplantar o caráter autorreferencial da tendência dominante. Ao contrário, a Lei dos Crimes Hediondos consolidou-se como uma fonte inesgotável de projetos de lei destinados a satisfazer a opinião pública, dirigindo a produção legislativa penal com força tamanha que praticamente elimina, *a priori*, a viabilidade política de oposição a seus pressupostos político-criminais.

Tal conclusão é frequentemente confirmada pelo mundo real. Em 2009, o Congresso Nacional aprovou projeto de lei que ampliava significativamente as penas para uma das modalidades do roubo, o chamado *sequestro-relâmpago*: as penas para esse tipo de delito, em que o agente restringe a liberdade da vítima por alguns momentos para subtrair-lhe bens que dependam de sua presença (sacar dinheiro de caixas eletrônicos, por exemplo), passaram a ser mais altas do que aquelas cominadas ao homicídio.

Remetido ao Presidente da República para a sanção, ou veto, dos dispositivos legais, o Ministério da Justiça opinou publicamente pelo veto, entre outras razões, pela flagrante violação ao princípio da proporcionalidade das penas. Mas, nos dias que se seguiram, uma violenta reação do Parlamento e da imprensa contra a posição pública do Ministro da Justiça culminou na sanção integral da Lei nº 11.923/09, em mais um exemplo prático de hegemonia do discurso punitivo¹⁹.

CONSOLIDANDO A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO: NOVAS PAUTAS PÚBLICAS, MESMA RESPOSTA PENAL

A partir da consolidação do Direito Penal como instrumento idôneo a proteger interesses politicamente selecionados²⁰, e alimentado pela demanda interna e externa²¹ pela ampliação da abrangência das normas penais para tutelar bens difusos e coletivos, o Congresso Nacional aproveitou os mandatos constitucionais para legislar sobre o risco. A Lei de Crimes Ambientais, de 1998, representou um marco da legislação de perigo abstrato no país, enquanto a edição do Estatuto do Desarmamento (2003), ao criminalizar, por exemplo, o mero porte de munição, forçou o Supremo Tribunal Federal a debater os limites do legislador ordinário na utilização da lei penal como instrumento para assegurar o cumprimento de medidas de precaução²².

Por outro lado, observamos a criminalização de condutas com o fito de suprir deficiências administrativas do Estado, como ocorre com os crimes tributários – em que a reparação do dano, ou pagamento do tributo, extingue a punibilidade do agente, benefício que não se cogita estender ao crime de furto.

Mais recentemente, a aprovação de uma nova Lei de Drogas logrou conferir um tratamento menos severo ao usuário – com o inédito estabelecimento de um crime sem previsão de pena privativa de liberdade (art. 28) – combinado com o dramático aumento da punição destinada aos traficantes. Diante da identificação de cada uma dessas condutas com classes sociais nitidamente distintas, tenho por evidente o caráter seletivo e socialmente discriminatório embutido no discurso político-criminal que permeou, e ainda permeia, o debate relativo ao controle de drogas no país.

Também digna de nota, a aprovação, em 2006, da Lei nº 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, de combate à violência doméstica e familiar contra

a mulher. Batizada com o nome de uma vítima que se tornou símbolo da luta pelo reconhecimento do problema da violência doméstica, a lei foi recebida pelos grupos representativos dos Direitos das mulheres como uma vitória contra o tratamento judicial discriminatório. Entre as principais reivindicações estavam a impossibilidade de aplicação de penas restritivas de Direitos aos agressores e a rejeição dos Juizados Especiais para processar e julgar os feitos cíveis ou criminais relacionados com a lei, ainda que tal medida contribua para o aumento no tempo de tramitação das demandas. Além disso, as penas cominadas aos atos de violência doméstica foram sensivelmente aumentadas, comprovando a crença não só na pena de prisão como resposta adequada ao problema social, mas ao tamanho da pena como medida da importância do bem jurídico afetado.

Seria possível discorrer sobre vários outros projetos de lei que, em minha opinião, reforçam o diagnóstico político-criminal do Direito Penal brasileiro nos últimos 25 anos, abandonando a função de estatizar e solucionar conflitos para assumir o papel de legitimar demandas sociais pelo reconhecimento de pautas políticas ou o de auxiliar o Estado em funções administrativas. Em todos os casos,

[...] o sistema penal projeta um autorretrato identitário essencialmente punitivo, em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções afluivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime²³.

Um exemplo que bem ilustra o fenômeno aqui descrito é o da aprovação da Lei nº 12.015/2009, que alterou todo o capítulo da Parte Especial do Código Penal destinado aos crimes sexuais (que, a pretexto de tutela, proíbe pessoas com deficiência mental de exercerem sua sexualidade, ao criminalizar com penas altíssimas a relação sexual, sob qualquer forma, quando praticada com incapaz). O debate parlamentar que culminou na aprovação do projeto foi pautado por grupos de pressão associados à causa das crianças e adolescentes, à causa feminista e a grupos de parlamentares tradicionalmente sensíveis às propostas de aumento de pena. Na sequência, a PEC nº 354/09, que torna imprescritível a pedofilia, também objeto do PL nº 5.658/09,

originado de CPI do Senado, cuja principal medida consiste em incluir o crime no rol daqueles definidos como hediondos. A discussão tem sido enriquecida com propostas de pena de castração química e monitoramento eletrônico dos acusados.

Ao se observar o desenvolvimento da legislação penal brasileira nesse período, tem-se que o dado político-criminal variável é tão somente a situação-problema eleita pela opinião pública, pelas autoridades administrativas ou pela comunidade internacional. Já a proposta de solução do problema é sempre a mesma – a intervenção jurídico-penal baseada na pena de prisão²⁴.

CONCLUSÃO

A política legislativa penal brasileira tem acompanhado a tendência mundial de expansão. Creio, contudo, e procurei ressaltar esse ponto, ser perigosa a ideia de que a expansão legislativa penal brasileira é simples consequência da crise da dogmática penal na sociedade de risco, mesmo porque a pós-modernidade brasileira tem particularidades que não devem ser minimizadas. Tenho que se trata, antes, da adoção de uma política criminal particularmente punitiva, midiática, simbólica e socialmente discriminatória, cujas consequências atingem tanto a produção acadêmica quanto legislativa, e influenciam tanto as pautas executivas quanto as judiciais.

Nesse contexto, reitero a minha posição de que o debate jurídico-penal travado no Congresso Nacional gira em torno de orientações da prática penal, ou seja, está restrito à teoria da pena. Essa hipótese será testada pela pesquisa “Análise das Justificativas para a Produção das Leis Penais”, realizada pela FGV Direito SP e pela Universidade de Ottawa²⁵, cujos resultados preliminares, apresentados em julho de 2010, reforçam o protagonismo das ideias de prevenção, retribuição ou neutralização no campo da justificação legislativa político-criminal.

Assim, para concluir, defendo que

[...] a teoria do Direito Penal deve alargar suas funções para além da dogmática e administrar também a racionalidade legislativa penal. Para tanto, deve primeiramente compreender de forma

adequada o fenômeno de formação das leis e, num segundo momento, cercar-se de instrumentos teóricos e práticos para viabilizar o exercício dessa nova função,

sem o que só nos restará simplesmente esperar pela próxima crise midiática.

NOTAS

1 Palestra proferida na mesa de abertura do Congresso Brasil-Alemanha: Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito, realizado na Associação dos Advogados de São Paulo de 5 a 7 de outubro de 2009.

2 FARIA, J. E. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 44.

3 REALE JÚNIOR, M. “Razão e subjetividade”. In: *Ciências Penais*, v. 0, ano 1. São Paulo: RT, 2004, p. 227.

4 Considerando que as propostas não diferem no que tange à pena de prisão como elemento central das instituições penais, o termo “rompimento” significa, no máximo, mudanças na “ênfase punitiva” (GARLAND, D. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 367).

5 BATISTA, N. *Novas tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 19.

6 Cf. BATISTA, N. “Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas”. In: *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, ano 2, n.º 9-10. Rio de Janeiro, ICC/Freitas Bastos, 2000, p. 103-119.

7 FRANCO, A. S. *Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*, 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 73.

8 Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, *Voto-Vista na ADI nº 3.112*. DJ de 26/10/2007.

9 FELDENS, L. *A Constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73.

10 Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, *Voto-Vista na ADI nº 3.112*. DJ de 26/10/2007, p. 464.

11 FRANCO, A. S. *Crimes Hediondos, op. cit.*, p. 74.

12 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 366.

13 “As regras atuais de engajamento político asseguram que o governo e o legislativo permaneçam altamente atentos às preocupações públicas, notadamente ao sentimento de que os criminosos estão sendo insuficientemente punidos ou que indivíduos perigosos estão sendo inadequadamente controlados; exerce-se grande pressão para que medidas que expressem e aliviem essas preocupações sejam instituídas. Os governos, hoje em dia, estão em pé de guerra no que tange ao abuso de drogas, a crimes sexuais e aos delitos praticados com violência, e espera-se deles que produzam uma resposta instantânea sempre que esta seja requisitada”. In: GARLAND, D. *A cultura*, *op. cit.*, p. 373.

14 BATISTA, N. “Outro argumento sobre crimes hediondos”. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003, p. 344.

15 FRANCO, A. S. *Crimes Hediondos*, *op. cit.*, p. 75.

16 PIRES, A. “A racionalidade penal moderna, o público e os Direitos Humanos”. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004, p. 41.

17 PAIVA, L. G. M. de. *A fábrica de penas*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 96.

18 PASTANA, D. R.. *Cultura do Medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003, p. 125.

19 Cf., a respeito, “Sequestro relâmpago”. In: *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 26.03.2009. Editorial, p. 3.

20 A exceção ao recurso inapelável à pena de prisão como resposta padrão do sistema jurídico-penal é a edição da Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais. O novo sistema representou uma autêntica estratégia de despenalização, tomando como dados sociais (i) a natureza aflitiva do processo criminal em si, e (ii) a falta de legitimidade do Direito Penal em lidar com determinadas situações, consideradas menos graves, e prevendo, entre outras medidas, a suspensão do processo antes do recebimento da denúncia e a transação penal, propondo-se a evitar as mazelas da institucionalização. A limitação aos casos “menos graves” e a frequente demanda para excluir de suas regras determinados tipos de crime (como violência doméstica) demonstram que as penas alternativas ainda não gozam do prestígio necessário para que se transformem em alternativas reais à pena de prisão.

21 Ou “exigências internacionais”, na terminologia de Hans-Jörg Albreicht.

22 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução no Direito Penal do risco*. São Paulo: RT, 2007, p. 23.

23 PIRES, Álvaro. *A racionalidade, op. cit.*, p. 43.

24 “Para os mais diversos tipos de situações, é possível observar legisladores, membros da sociedade civil e formuladores de políticas públicas propondo a criação de crimes e penas ou a agravação das penas já existentes. Da ‘adulteração de combustíveis’ ao ‘recrutamento de crianças para a guerra’ – passando pela ‘revelação de identidade de profissional de inteligência’ – as propostas de gestão das mais diferentes situações problemáticas baseiam-se quase exclusivamente no par conceitual que caracteriza o Direito Penal moderno desde a sua formação, no final do século XVIII: ‘crime-pena (sobretudo de prisão)’”. In: MACHADO, M. R. (et al.), *Análise das Justificativas para a Produção das Leis Penais*, relatório preliminar de pesquisa no âmbito do Projeto Pensando o Direito, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. No prelo.

25 *Idem, ibidem.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : BATISTA, N. “Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas”. In: *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, ano 2, nº 9-10. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 2000, p. 103-119.
- : _____. Outro argumento sobre crimes hediondos. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003, p. 344-348.
- : _____. *Novas tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- : BOTTINI, P. C. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução no Direito Penal do risco*. São Paulo: RT, 2007.
- : FARIA, J. E. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- : FELDENS, L. *A Constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- : FRANCO, A. S. *Temas de Direito Penal: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- : _____. *Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*, 6. ed. São Paulo: RT, 2007.
- : GARLAND, D. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- : GRINOVER, A. P. (et al.). *Juizados Especiais Criminais*, 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- : PAIVA, L. G. M. de. *A fábrica de penas*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- : PASTANA, D. R. *Cultura do Medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.
- : PIRES, A. “A racionalidade penal moderna, o público e os Direitos Humanos”. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 68, 2004.
- : REALE JÚNIOR, M. “Razão e subjetividade”. In: *Ciências Penais*, v. 0, ano 1. São Paulo: RT, 2004.

- : SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Gilmar Mendes, *Voto-Vista na ADI nº 3.112*. DJ de 26/10/2007.
- : ZAFFARONI, E. R. e PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

CULPABILIDADE JURÍDICO-PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

Urs Kindhäuser

ACERCA DO OBJETO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

No ano de 1952, o Supremo Tribunal Federal alemão, a modo de decisão de princípio, chegou à conclusão de que o erro sobre a antijuricidade de uma coação seria suficiente para excluir a culpabilidade do autor. O fundamento sustentado pelo tribunal era o de que

A pena pressupõe culpabilidade. E culpabilidade traduz-se em reprovabilidade. Com o juízo de desvalor da culpabilidade reprova-se o autor por ele não ter agido [...] conforme o Direito, embora ele pudesse ter agido [...] conforme o Direito. A razão interna para a reprovação de culpabilidade encontra-se no fato do ser humano estar provido de autodeterminação livre, responsável e ética, sendo, por conseguinte, capaz de decidir em favor do Direito e contra o injusto [...]¹

A decisão do Supremo Tribunal Federal é digna de nota, sobretudo, por formular positivamente o conceito de culpabilidade. Por outro lado, o Código Penal alemão não contém, tal como os demais códigos penais de meu conhecimento, nenhuma definição de culpabilidade. Regulados se encontram apenas os pressupostos sob os quais um comportamento anti-jurídico não pode ser imputado à culpabilidade do autor; por exemplo, em caso de falta de capacidade de motivação normativa, ou em caso de tratar-se de um sujeito menor de catorze anos, ou, ainda, em uma situação de estado de necessidade exculpante. De acordo com isso, os tribunais penais somente examinam se no caso concreto encontram-se satisfeitas as condições sob as quais se pode negar a culpabilidade do acusado. Contrariamente, nenhum tribunal indaga se o acusado era também efetivamente capaz de decidir-se livremente, e de modo eticamente autorresponsável, em favor do Direito e contra o injusto.

O fato de os tribunais não formularem tais perguntas não somente pode ser explicado pelo fato de não existir possibilidade alguma de uma comprovação processual empírica da capacidade de autodeterminação livre e ética. Também, e acima disso, o tribunal deveria apresentar ainda a demonstração de que a norma em questão se ajusta de tal modo a exigências éticas que seu descumprimento manifesta uma decisão eticamente incorreta do autor. Como poderia um juiz emitir tal julgamento de modo vinculante?

Finalmente, também chama a atenção na decisão do Supremo Tribunal Federal o enunciado acerca da culpabilidade não estar dirigido apenas aos destinatários do Direito Penal alemão, contendo antes uma tese de antropologia universal. O ser humano estaria, enquanto ser humano, munido de autodeterminação livre, responsabilidade e ética, e por causa disso, em posição de decidir-se em favor do Direito e contra o injusto.

De nenhuma maneira pretendo postular a falsidade dessa tese sem mais nem menos. Penso, na verdade, que é um equívoco repousar a culpabilidade jurídico-penal numa tese como essa. Pois, além de ser altamente controversa, tanto filosófica quanto antropologicamente, ela tem sido questionada pela neurobiologia mais recente de maneira decisiva.

Por essa razão, eu gostaria de contrapor um modelo radicalmente distinto de atribuição de responsabilidade penal à compreensão da culpabilidade apoiada em assunções antropológicas e metafísicas, tal como ela se encontra expressada na citação do Supremo Tribunal Federal. Irei argumentar que a culpabilidade jurídico-penal se refere a uma práxis social que em grande medida remonta a pressuposições normativas.

Por isso, a legitimidade da atribuição de responsabilidade penal somente depende de que essas pressuposições normativas possam considerar-se justificadas. Dito em outras palavras: a culpabilidade jurídico-penal, como conceito jurídico, deve fundamentar-se juridicamente. E, tal como anuncia o título de minha conferência, defenderei a tese de que a culpabilidade jurídico-penal encontra-se relacionada aos papéis juridicamente configurados que o autor assume numa sociedade democraticamente constituída. Em um Estado Democrático de Direito, a pessoa de Direito aparece como portadora de dois papéis: por um lado, ela está formalmente submetida às proposições jurídicas de *dever-ser* e como tal é potencial destinatária de normas jurídicas.

Por outro lado, porém, como cidadão do Estado, ela também se encontra habilitada para intervir publicamente, por meio da manifestação de opiniões, da emissão do sufrágio e demais atos, na produção e modificação de normas, pertencendo, assim, potencialmente ao círculo de autores da norma. Demonstrar-se-á que a partir da atuação conjunta dos dois papéis, ou seja, do papel de destinatário da norma e do papel de autor da norma, podem ser determinados mais de perto os conceitos de culpabilidade e de capacidade da culpabilidade.

Minha argumentação constará de três passos:

1) Em primeiro lugar, gostaria de considerar a pergunta sobre o significado dos conceitos de que nos servimos para atribuir responsabilidade tanto cotidiana como jurídica.

2) Em seguida, voltar-me-ei à culpabilidade jurídico-penal e indagarei a razão pela qual podemos reprovar o autor por não ter formado o motivo de seguir a norma.

3) Finalmente, pretendo analisar qual a conexão entre a capacidade de culpabilidade atribuída ao autor de um fato punível e seus dois papéis como autor e destinatário da norma numa sociedade democraticamente constituída.

O CARÁTER CONTESTÁVEL DA ATRIBUIÇÃO DE CULPABILIDADE

A seguir, gostaria de analisar os conceitos com os quais atribuímos responsabilidade por um comportamento defeituoso. Para fins de ilustração, gostaria de valer-me de um exemplo que resultou de interesse mundial: no país africano P a mulher casada M foi vítima de um estupro. Como consequência disso, M foi condenada a morrer apedrejada por ter cometido um delito de relação sexual ilegítima. A condenação de M satisfaz inteiramente alguns dos pressupostos da aplicação do Direito Penal: M foi condenada a padecer de um mal imposto pelo Estado como consequência de um ato antijurídico.

Contudo, mesmo abstraindo a forma particularmente brutal do castigo em questão, podemos rejeitar esse julgamento condenatório por não satisfazer uma condição essencial de qualquer Direito Penal moderno fundado no reconhecimento dos Direitos humanos. Pois a reprovação de culpabilidade pres-

supõe a assunção de que o autor poderia ter evitado o acontecimento que lhe é reprovado como injusto. É evidente que M não se comportou de modo responsável no sentido desse princípio de culpabilidade. O próprio conceito de estupro exclui a possibilidade de que a vítima decidira por uma alternativa de comportamento conforme ao Direito.

Poderia ser objetado agora que se M não tivera a possibilidade de decidir livremente por uma alternativa de comportamento, isso não representaria nenhuma particularidade no caso do exemplo. Cada ser humano estaria causalmente determinado em seu respectivo comportamento e a possibilidade de uma decisão livre nada mais seria do que uma ilusão. Assim sendo, ou o Direito Penal deveria simplesmente abdicar em favor de um sistema terapêutico de prevenção de danos, ou então deveria ser admitido que a culpabilidade seria somente uma ficção necessária para manter a ordem dentro de um Estado.

Nessa objeção surge, porém, um conceito de liberdade que significa algo diferente da liberdade que falta à vítima no caso do exemplo. A falta de liberdade expressa na ideia de estupro pode significar que a vítima, sendo amarrada, por exemplo, foi privada da possibilidade de se defender, ou que ela foi ameaçada com a imposição de um mal grave. Dessa maneira, a liberdade que resulta excluída por uma coação significa ausência de determinados constrangimentos de tipo físico ou psíquico.

Na comunicação cotidiana, a atribuição de responsabilidade não pressupõe uma liberdade frente a qualquer determinação causal. Isso já resulta evidente no fato de que a referência a determinantes causais não específicos não representa uma razão que exonere de responsabilidade. Se eu desse um presente a uma pessoa e ela se negasse a agradecer alegando que eu não atuei livremente, mas sim de modo causalmente determinado, eu certamente ficaria bravo de acordo com certos padrões gerais de comportamento. E essa ira não resulta do equívoco da referência a uma determinação causal imprecisa. Eu ficaria igualmente bravo se quem recebe meu presente justificasse a ausência de agradecimento com a afirmação de que o dia está intensamente nublado. Sendo uma atribuição de responsabilidade por uma prestação positivamente valorizada, o agradecimento não faz referência alguma a processos causalmente explicáveis que ocorrem no cérebro do autor do presente. Isso se encontra profundamente ligado ao fato de que explicamos nossas ações com razões,

fins ou disposições, que, como tais, são definidos de modo inteiramente independente de determinados processos cerebrais.

A ausência de liberdade nos marcos da comunicação cotidiana, que exclui a responsabilidade, é necessariamente definida sobre a base de determinadas condições que são acessíveis à experiência geral. De acordo com isso, também os conceitos com os quais a causalidade é negada ou afirmada no contexto da atribuição de responsabilidade referem-se a experiências psíquicas e físicas conhecidas. Se um ladrão me ameaça com uma pistola para que eu lhe entregue meu dinheiro, nós assumimos, remetendo-nos ao momento da coação psíquica da ameaça de um perigo à vida, que a entrega do dinheiro não fora expressão de uma vontade livre.

Porém, se depois eu declarasse que de qualquer modo eu teria entregado o dinheiro ao extorsionário movido por compaixão, então a referência à livre vontade serviria como fundamento de interrupção da conexão causal entre ameaça e comportamento da vítima, ou, sendo mais específico, da refutação da conexão causal entre ameaça e comportamento da vítima, que é o pressuposto da atribuição de uma coação consumada. Mas, em tal caso, a indicação de que eu teria dado o dinheiro ao extorsionário por livre e própria iniciativa não significa que meu comportamento não tenha estado causalmente determinado. Significa apenas que a ameaça de um perigo vital não constituiu uma razão relevante para meu proceder.

Seria próprio de uma compreensão linguística ingênua assumir que o significado de um conceito é encontrado necessariamente em seu uso positivo, o qual somente poderia ser excluído por intermédio de sua respectiva negação. Ao contrário, é igualmente possível que o significado de uma expressão apareça, precisamente, em sua aplicação negativa, a qual possa se ver excluída pela aplicação positiva correspondente. E justamente é esse o caso tratando-se do uso ordinário do conceito de liberdade. À guisa de exemplo: se digo que coloquei minha gravata por vontade própria, não pretendo com isso sugerir que gozava de um determinado estado de liberdade do qual resultou, de modo causalmente não explicável, o fato de eu estar usando uma gravata particularmente colorida. O que pretendo indicar é, antes, que vesti essa gravata horrível sem que minha mulher ou meu chefe tenham me constrangido a isso sob ameaça de colocar-me em maus lençóis. O que de fato pretendo expressar

é que eu sou responsável por estar vestindo a gravata, porque sobre mim não foi exercida nenhuma pressão externa.

No linguajar cotidiano, o significado do conceito de liberdade aparece no uso de expressões negativas tais como “não livre”, “involuntário”, “coagido”, “constrangido” etc. O uso das expressões positivas correspondentes serve, por outro lado, para explicitar que não foram satisfeitos os pressupostos de sua aplicação negativa em circunstâncias em que isso era, não obstante, esperável. Pois numa situação normal ninguém coloca voluntariamente – isto é: sem coerção externamente motivada – uma gravata horrível.

Com isso, não é em absoluto a minha pretensão afirmar que seria descabido perguntar se o ser humano é capaz de decisões causalmente livres, apesar de se encontrar submetido às leis causais gerais em sua existência física. Porém, tal liberdade – no sentido de uma exclusão da explicação causal de decisões humanas – nada tem a ver com o conceito de liberdade no contexto de atribuições sociais de responsabilidade. Ambas representam formas de uso completamente diferentes e, por conseguinte, significados completamente diferentes do conceito de liberdade.

Ao uso comum do conceito de liberdade no âmbito de atribuições de responsabilidade também correspondem as regras da parte geral do Direito Penal. Elas somente enunciam as condições sob as quais o autor não é considerado livre para agir em conformidade ao Direito. Às vezes essas regras não são mais do que rígidos limites postos de modo mais ou menos arbitrário, como é o caso, no Direito Penal alemão, da fixação da idade mínima para a responsabilidade penal aos catorze anos. Às vezes trata-se de doenças que são reconhecidas como impedimentos para uma decisão em favor de um comportamento normativamente adequado. E às vezes trata-se de situações, tal como no estado de necessidade exculpante, em que devido a uma situação de coerção externa deixa-se de esperar um comportamento normativamente adequado.

Desta feita, o Direito Penal, em paralelo com as atribuições informais de responsabilidade na vida cotidiana, parte da base da capacidade de motivar-se a agir de modo normativamente adequado e somente excepcionalmente; sendo dadas as condições específicas de ausência de liberdade, nega a atribuição de culpabilidade. A pergunta que cabe formular aqui é por que selecionamos

precisamente essas exceções como tais e não outras. Particularmente pode chamar a atenção que certas experiências coletivas – como vivências de uma guerra na infância – não sejam vistas como razões para a exclusão ou, por que não, para a atenuação da responsabilidade. Só para dar mais um exemplo, sob o Direito Penal alemão resulta exculpado quem por medo ultrapassa os limites da permissibilidade da legítima defesa, o que não acontece com quem, motivado pela fúria, fere o agressor de modo mais grave que o necessário para repelir a agressão. Desse modo, o limite entre responsabilidade e exculpação não é fixado de maneira descritiva e absoluta, senão de maneira valorativa e relativa ao acatamento de determinadas razões. Certos motivos amenizam e certos motivos agravam a responsabilidade, não obstante a pressão psíquica sobre o autor possa ser igualmente intensa.

Conseqüentemente, os critérios segundo os quais introduzimos exceções à atribuição de culpabilidade têm que mostrar uma conexão interna com as razões pelas quais reagimos negativamente perante o comportamento antijurídico do autor. Somente depois de esclarecido o que constitui o objeto da reprovação jurídico-penal de culpabilidade, podemos esclarecer também por que essa reprovação de culpabilidade decai sob determinadas condições que se afastam do caso normal. Assim, a pergunta que devemos realizar é: por que podemos esperar uns dos outros o seguimento das normas do Direito Penal?

A CULPABILIDADE MATERIAL

As normas são proposições de dever-ser, de modo tal que aquele que extorquiu um terceiro não agiu da maneira que devia comportar-se em obediência à proibição da extorsão. O que nos interessa a seguir não diz respeito à contradição formal entre um comportamento e uma norma. Em realidade, o que está em questão é por que reagimos com um mal frente ao autor pelo fato de ele não ter formado para si o motivo de observar a proibição da extorsão. Qual déficit de motivação leal ao Direito se expressa no ato e é reprovado ao autor como falha pessoal?

Em um primeiro momento, essa pergunta pode parecer estranha, pois as normas do Direito Penal – como a proibição do homicídio, das lesões corporais ou do furto – são particularmente vantajosas para todos e, conseqüentemente, o acatamento dessas normas parece inclusive seguir o interesse egoísta de cada pessoa. Mas, exatamente esse não é o caso. As normas

vantajosas para todos são instáveis, posto que é mais vantajoso individualmente infringi-las do que acatá-las. Essa tese aparentemente paradoxal é facilmente explicável:

- toda norma de comportamento representa uma coordenação de determinados interesses contrários. De um lado, encontra-se a liberdade geral de ação do destinatário da norma; de outro, um determinado interesse protegido. A norma indica, pois, sob que condições a liberdade geral de ação encontra-se restringida em consideração ao interesse protegido. Assim, por exemplo, a proibição do estelionato restringe a liberdade geral de ação em consideração à proteção do patrimônio, proscrevendo dar informação falsa à contraparte de um negócio;

- o acatamento de uma norma está sempre ligado a uma renúncia de liberdade. Porém, essa renúncia de liberdade pode ver-se compensada pelo fato de todos os demais também se submeterem à mesma restrição de liberdade. Desse modo, obtém-se como contrapartida a vantagem de não ser enganado pelos demais;

- sendo dessa maneira, surge a possibilidade, não obstante, de um duplo benefício. O de não submeter-se a nenhuma restrição de liberdade, por meio do engano da contraparte em um negócio, sem ser enganado, pretendendo, assim, a renúncia de liberdade pela outra parte. Por isso, é mais racional desacatar uma norma que a maioria dos outros observa. Porém, se todos assim procedessem, na medida em que ninguém pretende ser o bobo que se submete a uma restrição de liberdade para resultar igualmente prejudicado, então, de fato, cairia beira abaixo a coordenação de interesses reciprocamente vantajosa prevista pela norma.

O exemplo demonstra que a mera promulgação de uma norma vantajosa para todos não é suficiente para assegurar sua observância generalizada. Em verdade, deve ser possibilitada ademais a confiança, faticamente fundada, de que a norma será efetivamente seguida por um grupo suficientemente amplo de destinatários. O sujeito leal à norma não deve ser onerado com o perigo de sair duplamente prejudicado, ao passo que seu infrator obtém um duplo benefício. Também as normas vantajosas para todos requerem, portanto, um sistema coercitivo que garanta sua vigência fática e gere, ao mesmo tempo, uma confiança geral no seguimento massivo da norma.

Apesar disso, até aqui somente foi dito que o exercício de coerção estatal dirigida à asseguuração de normas vantajosas para todos é necessário e legítimo. Aquilo sobre o qual gostaria de chamar a atenção é, no entanto, a circunstância de que essa coerção estatal é necessária precisamente porque sob um cálculo de custo-benefício resulta racional para o indivíduo não se comportar de acordo com a norma. Em termos de uma consideração puramente utilitária, o rompimento da norma não pode ser visto como comportamento irracional. Dessa perspectiva, a reprovação de culpabilidade não tem por objeto uma decisão irracional. O que sucede é que a razão pela qual reagimos negativamente frente ao autor, pelo descumprimento da norma, encontra-se precisamente em que esse comportamento apoia-se, a princípio, em um cálculo racional com vistas a fins, e não pelo contrário, em uma debilidade mental necessitada de tratamento médico, por exemplo. Desta feita, também não teremos, a princípio, razões para duvidar da responsabilidade do autor; o que nos demonstra seu ato é, enfim, racionalidade.

Com isso, surge novamente a pergunta sobre por que reagimos negativamente frente ao autor pelo desacato de uma norma, aplicando com a pena não somente um meio coercitivo, mas associando também a ela a reprovação ao autor por ter falhado como pessoa de Direito ao agir de um modo condenável.

Em um Estado teocrático, por exemplo, cujo Direito é entendido como expressão da vontade divina, o objeto da reprovação de culpabilidade pode ser determinado rapidamente; ele se encontra na contravenção pecaminosa da ordem divina. Isso pressupõe, não obstante, que o próprio autor vê nas normas desse Estado uma manifestação da vontade divina. Caso contrário, pelo menos desde sua perspectiva, a reprovação de culpabilidade associada à pena seria pura violência. Assim sendo, a culpabilidade material não será mais do que uma falta de precaução em não se deixar ser capturado ao violar uma norma.

Tal sistema carece, conseqüentemente, de um momento especificamente jurídico, qual seja, o da possibilidade de ser aceitável e vinculante para todos os cidadãos em virtude das mesmas razões. Um Direito religioso é um Direito instrumentalizado e, desta feita, legítimo somente para aqueles que aceitam sua origem divina e a têm como vinculante. A esse Direito divino resulta imanente a infração do princípio de justiça elementar de igualdade. Tal Direito

não é legítimo enquanto Direito, ainda quando possa ser considerado como legítimo em virtude de uma crença religiosa.

Menos crassas, mas igualmente problemáticas, são as tentativas de entender o Direito como expressão de uma moral ou cosmovisão absolutamente válida. Em relação a quem não aceita nem considera vinculantes as premissas de tal moral ou cosmovisão, a pena é coerção crua e nua, sem a possibilidade dela representar, para ele, uma reprovação por uma falha pessoal.

Disso decorre que a reprovação de culpabilidade somente pode ser entendida como uma reprovação puramente jurídica. A filosofia iluminista resumiu essa ideia no sentido de um mandado de neutralidade do Direito. Assim, Immanuel Kant afirmou que somente a legalidade, a conformidade exterior do comportamento à lei pode ser legitimamente exigida por meio de coerção². De acordo com nosso entendimento atual, isso significa que basta cada um organizar seu comportamento e as consequências previstas ou previsíveis deste em consonância com a norma. Os motivos pelos quais a norma é seguida devem ser deixados à liberdade de cada um. Sob esse pressuposto, não se pode reprovar a um autor que ele pudesse e devesse ter evitado o comportamento antijurídico em virtude da correção substantiva da norma. Em particular, o Direito orientado à conformidade exterior do comportamento com a lei não pode legitimamente impor uma determinada motivação religiosa ou moral³.

No entanto, Kant continua partindo da premissa de que a lei há de merecer observância, isto é, que ela há de oferecer a possibilidade de ser acatada em virtude de boas razões⁴. Essa tese é problemática: existem mesmo, em uma sociedade pluralista, razões que legitimem uma norma de modo vinculante para todos? Não seria exatamente porque o Direito não pode oferecer razões universalmente convincentes para suas normas – pelo menos para todas as suas normas – que deveria deixar à liberdade de cada qual o motivo para seu cumprimento? Como poderia existir culpabilidade material fundada em legitimidade se faltam razões substantivas que possam motivar a todos no cumprimento da norma apesar de seu descumprimento parecer individualmente vantajoso?

Para evitar ser compreendido erroneamente: a separação entre Direito e moral não é de nenhuma maneira uma carta branca para um Direito imoral. Muito pelo contrário: é precisamente a separação entre Direito e

moral que possibilita a crítica do Direito por razões morais para, dessa maneira, impedir que haja Direito que contrarie nossas exigências morais. Justamente o Direito Penal nuclear contém proibições que coincidem fundamentalmente com os padrões éticos mais indispensáveis. Mas, então, aquele que comete um furto viola duas normas com pressupostos de legitimação diferentes: a norma do Direito e a norma da moral. E, por isso, a reprovação moral há de estar fundamentada de um modo diferente ao da reprovação jurídica de culpabilidade.

Quando o cometimento de um ato punível é descrito como um comportamento racional, com isso se designa uma racionalidade instrumental. Por exemplo: alguém deseja para si um relógio de luxo, sem querer gastar dinheiro para isso, razão pela qual subtrai o relógio de outrem. Nesse caso, o autor poupou-se do trabalho necessário para a obtenção do dinheiro destinado ao relógio, valendo-se, além disso, da circunstância de que a maioria dos demais observa a proibição do furto e não subtrai as coisas dele. Considerando esses pressupostos, o autor agiu com astúcia segundo um puro cálculo de custo-benefício.

A outra interpretação da situação provém de uma teoria da pena que concebe a racionalidade, no sentido kantiano, como racionalidade da boa vontade. Dessa perspectiva, a vontade é boa quando ela se dirige à sua própria generalização. Segundo essa posição, seria irracional privar outrem de uma coisa se o autor por sua parte não deseja que todos ajam igual a ele. O destinatário de uma norma jurídico-penal de comportamento não é enxergado, então, como alguém motivado por puro autointeresse, senão como uma pessoa que segue uma autolegislação racional. Para uma pessoa assim, o princípio de Direitos iguais de liberdade para todos aparece desde o começo como desejável e reconhecido⁵. Quando o autor de um ato punível viola uma norma vantajosa para todos, ele contradiz a si mesmo como ser racional por meio da irracionalidade de seu ato. Assim visto, o ato punível é expressão de uma autocorrupção ética de uma pessoa autônoma enquanto ser racional, igual e livre⁶.

Contra essa concepção, encontramos ao menos dois argumentos consistentes: por uma parte, ela ignora o mandado de neutralidade do Direito ao exigir que a norma seja seguida em virtude de uma autodeterminação

racional. Dos destinatários de uma norma de Direito, porém, somente é exigido que eles – por qualquer razão que seja – organizem seu comportamento e as consequências previstas ou previsíveis de modo exteriormente conforme a norma.

Por outra parte, a violação da norma somente pode ser compreendida como expressão de uma autodeterminação irracional se a norma é racional para cada um de seus destinatários. Em uma sociedade pluralista, porém, as normas não repousam em juízos racionais coincidentes de todos os cidadãos, senão que resultam de um processo de formação de opinião ao qual se dá fim mediante uma decisão majoritária. Destarte, é perfeitamente possível que o indivíduo não veja a norma em conformidade com seu próprio juízo racional.

Um exemplo ilustrativo disso é oferecido no seguinte caso: dois irmãos, que em sua infância primeira estiveram separados entre si, encontram-se novamente anos depois, apaixonam-se e têm um filho. Ao saber de sua ascendência comum, decidem não obstante manter seu relacionamento. Por esse motivo, são condenados por desobedecer à proibição do incesto do Código Penal alemão⁷. Contra esse procedimento, interpõe-se uma impugnação constitucional. Vários professores de Direito Penal escrevem relatórios apoiando essa impugnação. O tribunal constitucional declara constitucional a proibição, recebendo, porém, uma aguda crítica por parte do presidente do tribunal em seu voto dissidente.

Independentemente de qual posição possamos ter frente à proibição do incesto, ninguém pode dizer que, ante o caso concreto, ela conte como expressão de racionalidade geralmente reconhecida e que pelo mesmo motivo tenha de ser necessariamente acatada por todo sujeito racional. Nessa medida, a culpabilidade material dos autores não pode ter como objeto a reprovação de que por meio do ato corromperam-se a si mesmos como agentes racionais.

Cabe destacar que em uma sociedade pluralista a racionalidade individual não representa uma razão para obrigar cada cidadão a seguir uma norma jurídico-penal de comportamento. Disso resulta o seguinte dilema: por uma parte, deve ser observado o mandado de neutralidade do Direito que conceda a cada cidadão a liberdade de seguir a norma por qualquer motivo que for. Por outra, a reprovação de culpabilidade deve ser legitimada

de modo que o fato punível corresponda a uma falha pessoal do autor frente à qual reagimos negativamente.

Esse dilema somente pode ser resolvido se o cidadão estiver vinculado à norma de uma maneira que transcenda o mero dever-ser, ainda que sem exigir seu reconhecimento como substantivamente correto. Em outras palavras, o cidadão deve estar vinculado à norma podendo ao mesmo tempo rejeitá-la substantivamente.

O dilema decorre de que a relação entre a norma e o autor tende a ser vista unidimensionalmente. O autor é visto exclusivamente como destinatário da norma, surgindo então a pergunta sobre qual a qualidade que deve ter a norma para que seu descumprimento possa justificar a reprovação de culpabilidade. Mas, essa qualidade substantiva da norma, que promovera a necessidade de seu reconhecimento por parte de cada um de seus destinatários, não é facilmente identificada numa sociedade pluralista. Pelo contrário: uma sociedade moderna e pluralista vive de uma autocompreensão sob a qual não existe uma religião, uma moral ou uma cosmovisão que seja vinculante de maneira geral. Uma sociedade pluralista que exigisse o seguimento de suas normas em razão de sua correção substantiva seria uma contradição em seus termos.

Em uma sociedade pluralista e democraticamente constituída, as normas representam coordenações de interesses que pretendem ser vinculantes a todos em virtude de sua produção encontrar-se em conformidade com a constituição. Elas resultam de um processo de entendimento em que todos os cidadãos podem ter participação. Assim sendo, o cidadão individual não somente é destinatário de determinadas normas, mas é precisamente alguém que possui a faculdade de tomar uma posição crítica ante a coordenação de interesses que a norma expressa e, de igual maneira e dado o caso, de intervir para sua modificação ou cancelamento⁸. Desta feita, em uma sociedade democraticamente constituída, a pessoa de Direito é definida por referência a um duplo papel, quais sejam: o de potencial destinatário da norma, de um lado, e o de interventor potencial no estabelecimento da norma, de outro.

Dado que o procedimento democrático do estabelecimento da norma não conduz necessariamente a um resultado justo nem se considera encerrado para sempre após a decisão legislativa, senão que termina com uma decisão majoritária, a norma somente pode pretender racionalidade provisória. Além disso,

o consenso refere-se exclusivamente ao resultado, mas não necessariamente às razões que levaram a esse resultado. Por esse motivo, não podemos presumir que as razões em favor da norma tenham convencido todos os cidadãos. Consequentemente, do indivíduo, em seu papel de destinatário da norma, não pode exigir-se uma aceitação da norma como substantivamente correta e, por isso mesmo, como sendo vinculante para ele.

A relação entre os dois papéis que a pessoa de Direito assume em uma sociedade democraticamente constituída requer uma determinação mais atenta. Uma pessoa pode, enquanto cidadão do Estado, tomar posição acerca de uma norma publicamente. Seria, entretanto, precipitado inferir disso que ela seguirá a norma por convicção patriótica. Pois isso representaria, mais uma vez, uma infração do mandado de neutralidade, que destina à liberdade de cada um a razão pela qual deseje comportar-se de modo normativamente adequado. Tampouco aquele que aprova uma norma há de segui-la em virtude das razões pelas quais ela merece sua aprovação. Com mais razão há de ser válido isso para quem pertence à minoria que rejeita a norma.

A consequência do duplo papel da pessoa de Direito numa sociedade democraticamente constituída encontra-se, em realidade, no fato de que a pessoa, na medida em que lhe é facultado posicionar-se contrariamente à norma, apenas possa articular seu protesto como cidadão do Estado. De quem está facultado a apresentar razões contra uma norma também é esperado que apresente essas razões para que, por essa via, elas possam obter reconhecimento geral e, assim, consiga-se uma modificação ou supressão da norma. Enquanto o indivíduo não fizer uso dessa possibilidade ou não tiver êxito quanto a isso, dele será exigível que se comporte exteriormente, sem importar por qual razão, em conformidade com a norma. A obrigação que advém como contrapartida do Direito de intervir no estabelecimento da norma é a obrigação de fazer valer sua rejeição das razões apresentadas em favor da norma exclusivamente dentro do marco do exercício dessa faculdade.

Só em conformidade com essa faculdade resulta obrigatório o acatamento da norma para a pessoa de Direito. O destinatário da norma tem aberta a possibilidade de questionar discursivamente a validade da norma, de modo tal que ele não pode agir em descumprimento da norma para, desse modo, prover de validade suas razões contra ela. Disso resulta, ademais, que somente

em uma sociedade democraticamente constituída pode fundamentar-se a culpabilidade jurídico-penal em vistas a princípios estritamente jurídicos.

Na esfera dessa concepção, a culpabilidade jurídico-penal não diz respeito exclusivamente àqueles que formalmente ostentam a respectiva cidadania. Por isso, não somente os cidadãos alemães, por exemplo, podem violar o Direito Penal alemão. Certo é dizer que, na Alemanha, tanto alemães quanto estrangeiros têm, em igual medida, o Direito de expressar livremente sua opinião, de efetuar demonstrações públicas, de formar associações e grupos de interesse, de articular suas demandas na imprensa escrita e nos meios de comunicação audiovisuais, de se organizarem em partidos e associações sindicais, assim como variadas possibilidades adicionais de serem parte em processos públicos de formação de opinião e vontade.

CAPACIDADE DE CULPABILIDADE

Elaborarei a seguir um resumo do curso dos argumentos até aqui levantados: como ponto de partida, foi afirmado que nem na vida cotidiana nem no contexto do Direito Penal fazemos depender a atribuição de responsabilidade de uma comprovação positiva da capacidade de seguir a norma relevante. O que em verdade fazemos é darmos por pressuposta essa capacidade, somente entendendo-a excluída sob determinadas condições especiais. Assim sendo, tanto na vida cotidiana como no contexto jurídico-penal, são os conceitos negativos de liberdade os que desempenham o papel determinante. O significado das expressões positivas correspondentes é reduzido, por sua vez, à indicação de que os pressupostos das expressões negativas não se encontram ou não foram satisfeitas. Assim, o significado de liberdade se traduz no fato de não estarem presentes as condições reconhecidas de falta de liberdade.

Em um segundo momento, estabelecemos não ser possível reprovar ao autor de um ato punível o fato de não ter formado para si o motivo para seguir a norma a partir de determinadas razões substantivas. A reprovação somente pode dirigir-se no sentido dele não ter seguido a norma havendo sido isso exigível, considerando que ele poderia ter apresentado publicamente suas razões contra o seguimento da norma em seu papel de cidadão do Estado, e assim ter questionado sua validade.

Agora, a pergunta que deve ser formulada, em um terceiro passo, é: por que estamos autorizados a presumir a capacidade de seguir a norma e a negá-la somente sob determinadas condições excepcionais na imputação de culpabilidade jurídico-penal?

Os agnósticos da Teoria do Direito Penal, que não consideram a liberdade de vontade como uma categoria suscetível de fundamentação, legitimam a suposição geral de capacidade de culpabilidade pela sua suposta favorabilidade para o indivíduo⁹. Mas, onde reside o favorável da suposição de capacidade de culpabilidade? Se o Direito Penal somente é legitimado, como sói acontecer, em observância do papel do cidadão como destinatário da norma, então dificilmente poderíamos falar de uma favorabilidade individual da suposição de capacidade de culpabilidade. A atribuição de capacidade de culpabilidade onera o autor; ela é, em efeito, pressuposto de sua punição. O princípio de culpabilidade somente é favorável em um sentido negativo, assegurando que aquele sobre quem se encontram satisfeitos os pressupostos de uma causa de exclusão da culpabilidade legalmente reconhecida não seja condenado caso isso – independentemente qual a razão – possa resultar socialmente vantajoso.

Resulta igualmente evidente que a favorabilidade da suposição da capacidade de culpabilidade não pode também ser deduzida da favorabilidade da norma em si. Pois estaríamos então deduzindo um poder a partir do puro dever-ser. Posto de maneira mais extrema, também um recém-nascido poderia ser então capaz de culpabilidade, dado que ele também é beneficiado, por exemplo, pela proibição do homicídio.

Se o foco somente recai sobre o autor do ato punível enquanto destinatário de uma norma, não resta então, a meu ver, a possibilidade de fundamentar a atribuição de capacidade de culpabilidade como favorável. Para isso seria necessário, antes, ver o autor do ato punível como pessoa de Direito e, por conseguinte, em seu duplo papel de destinatário e autor da norma. O conceito de pessoa é fundamentalmente idêntico em ambos os papéis.

A capacidade que uma pessoa pode pretender em seu papel de autor da norma corresponde à capacidade que se espera dela no que tange ao respeito da norma. Daquele a quem se outorga o Direito de tomar posição crítica e racional acerca de uma norma, é também esperado que possa avaliar crítica e racionalmente seu próprio comportamento. Tanto em um quanto no outro

papel, as capacidades atribuídas não são objeto de uma comprovação positiva. Tal como a suposição geral de capacidade de culpabilidade, o exercício do Direito de expressar opiniões e de participar em sufrágios etc. não depende da comprovação positiva da presença de determinadas capacidades.

No Direito Civil, essa construção resulta óbvia à primeira vista. De alguém que está em posição de celebrar um contrato também é esperado que o cumpra. A autonomia de poder determinar Direitos e deveres se encontra em correspondência com a autonomia de exercer esses Direitos e cumprir esses deveres.

Em decorrência disso aparece uma última pergunta, cuja resposta encontra-se ainda pendente: por que são reconhecidas no código penal determinadas exceções à suposição de capacidade de culpabilidade? Por que é exculpado alguém, por exemplo, que mata outrem para salvar-se de um perigo vital, e por que não é exculpado, quando ele mesmo foi o causador desse perigo vital – apesar de poder resultar igualmente intensa a pressão psíquica em ambas as situações?

A resposta é obtida facilmente das reflexões que se precederam. As causas de exculpação e de exclusão da culpabilidade também são regras jurídicas estabelecidas por meio do processo legislativo democrático. Em seu papel de cidadãos do Estado, os membros de uma sociedade democraticamente constituída assumem a responsabilidade de como e em que medida eles permanecerão vinculados às normas, ou seja, de como hão de atribuir responsabilidade a si mesmos pela contravenção de normas¹⁰. De certo modo, os cidadãos do Estado olham-se no espelho quando estabelecem os critérios sob os quais hão de ficar vinculados ou exonerados em seu papel de destinatários de normas.

Também essas decisões, como todas as decisões democráticas, são provisoriamente racionais. Elas podem ser atacadas com razões e, dado o caso, ser refutadas. Caso prevaleçam durante prolongado tempo na história do Direito, então valerá a seu favor a presunção de estarem refletidas em acertos fundamentais. A esses acertos pertence, com toda probabilidade, o princípio de culpabilidade.

OBSERVAÇÃO FINAL

Chego assim ao término de minhas reflexões: em seu desenvolvimento his-

tórico, o Direito Penal tem servido a diversos fins, e não raras vezes tem funcionado como meio de opressão. Os regimes totalitários mais recentes são um exemplo manifesto disso. Aos filósofos iluministas devemos, contudo, o agradecimento da descoberta fundamental de que o Direito é uma criação humana e é nossa, enquanto seres humanos, a responsabilidade por ele. A origem e a legitimação do Direito somente podem encontrar-se na autonomia do indivíduo. No concernente ao Direito Penal, disso deve deduzir-se a consequência de que também a culpabilidade jurídico-penal há de ser determinada em conformidade com a autonomia de cada cidadão. Todo aquele que pode pretender ter a capacidade de tomar posição fundada acerca de normas também deve assumir sua capacidade de segui-las. Mas, disso também resulta o seguinte: o Direito Penal somente é legítimo nos limites de um Estado Democrático de Direito.

NOTAS

* Tradução de Juan Cruz Galigniana da versão em Espanhol, de Juan Pablo Mañalich Ruffo. Revisão técnica a partir do original em Alemão por Beatriz Corrêa Camargo.

1 BGHSt 2, 194 (200 s.).

2 KANT, I. *Metaphysik der Sitten*. Werke t. IV. Weischedel, 1975. p. 337 e ss.

3 Ver também: GÜNTHER, K. “Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat”. In: *Jahrbuch für Recht und Ethik 1994*, vol. 2, p. 143 e 148 e ss.; KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2. ed., 2005. Vor § 32 n.m. 220

4 KANT, I. *Metaphysik der Sitten*. Werke t. IV. Weischedel, 1975. p. 325, 509 ss.

5 Ver KÖHLER, M. *Der Befrigg der Strafe*. Heidelberg, 1986; ZACZYK, R. *Das Unrecht der versuchten Tat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989. p. 128 e ss.

6 Ver KÖHLER, M. *ibid*, p. 29 e ss. _____. *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, Müller, 1983, p. 38. Ver também: ZACZYK, R. *ibid*, p. 201: Enquanto o autor “se aproveita de possibilidades de ação que ele próprio excluiu para si enquanto ser racional, em igual medida ele nega sua própria racionalidade”.

7 § 173 inciso II, alínea 2 do StGB.

8 Ver a este respeito GÜNTHER, K. “Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht”. In: KOLLER, P. (et al.). (org.), *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*. Beiheft 51, 1991, p. 58 e ss. acerca da necessidade de ver o sujeito de Direito em seu duplo papel de destinatário e coportador da ordem jurídica, ver também: Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, p. 82 e ss.

9 Ver somente Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. ed., 2006, § 19 n.m. 37.

10 GÜNTHER, K. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt am Main: Juristische Abhandlungen Band, 2005, p. 256.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : GÜNTHER, K. “Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht”. In: KOLLER, P. (et al.) (org.). *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*. Beiheft 51, 1991.
- : _____. Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat. In: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 2, 1994.
- : _____. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt am Main: Juristische Abhandlungen Band, 2005.
- : KANT, I. *Metaphysik der Sitten*. Werke t. IV. Weischedel, 1975.
- : KÖHLER, M. *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*. Müller, 1983.
- : _____. *Der Begriff der Strafe*. Heidelberg, 1986.
- : PAEFFGEN, HU. In: KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2. ed., 2005.
- : PAWLIK, M. *Person, Subjekt, Bürger*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.
- : ROXIN, C. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4.ed., Verlag C.H.Beck, 2006.
- : ZACZYK, R. *Das Unrecht der versuchten Tat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

CULPABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Davi de Paiva Costa Tangerino

Quem percorrer a história da ideia de culpa perceberá que por meio dela buscou-se depurar a imputação de um resultado a uma determinada pessoa, bem como a responsabilização pelos efeitos de tal resultado.

Com efeito, a consagração em diplomas legislativos europeus do princípio do *nullum crimen sine culpa* – a que hoje se denomina, no Brasil, de princípio de culpabilidade – servia ao propósito de excluir a responsabilidade dos resultados gerados a título de acaso, restando puníveis apenas aqueles dolosos e culposos. Mencionem-se na Espanha, no século XII, os *Fueros*, e na Saxônia, hoje Alemanha, no século seguinte, o *Sachsenspiegel*.

A evolução desse conceito, assim, tem como motor a intenção do agente e sua conexão com o resultado delitivo. E tem como combustível os preceitos iluministas, notadamente a racionalidade humana e a crença em um conjunto de Direitos apriorísticos que davam corpo ao Direito Natural.

O homem, ao agir, não está sujeito como se um objeto fora apenas pertencente às leis da Física. Na medida em que dotado de razão e livre-arbítrio, a vontade do agente desempenha um papel decisivo na escolha de condutas e na produção de resultados. O delito, portanto, muito esquematicamente, seria um resultado de forças. Umhas físicas, comporiam parte do conceito de ação; outras, estreitamente ligadas à vontade, seriam de ordem moral.

Assim como as relações de causalidade físicas atribuiriam a determinada ação um resultado, seria possível estabelecer um liame entre a vontade e o delito, nascendo assim a noção de imputabilidade moral, cuja primeira formulação parece ser da pena de Samuel Pufendorf, fundador da Escola Alemã de Direito Natural.

A imputação moral de Pufendorf sofre poucas alterações ao longo da Escola Clássica e é recebida, no pensamento de Karl Binding, com o nome de culpabilidade. Em sua famosa obra *Die Normen und ihre Übertretung*, afirma e define a culpabilidade como “a aptidão de reconhecer o próprio ato

em relação com a norma e manter-se em harmonia com ela”. Tal capacidade era cindida em dolo e culpa.

No sistema Lizst-Beling, quiçá em razão da concepção de ação de matriz hegeliana, a culpabilidade está intrinsecamente ligada à ação sendo definida como a relação subjetiva entre o impulso de vontade e o resultado do mundo sensível, isto é, uma relação psicológica entre o autor e o resultado. Novamente, cinde-a em dolo e culpa.

CULPABILIDADE, DOLO E NEGLIGÊNCIA

Com o finalismo de Hans Welzel, bem verdade que na esteira de importantes contribuições precedentes como as de Frank e Freudenthal, avança-se no papel de imputação do resultado e de responsabilização pelos efeitos dele decorrentes. Na medida em que todo agir humano é final, a vontade integra a ação, e é neutra. Dolo e negligência, portanto, deslocam-se para o plano da tipicidade.

Ao desprender da culpabilidade o dolo e a negligência, Hans Welzel cinde, em verdade, dois planos de imputação até então acumulados na culpabilidade: da imputação do resultado, de um lado, da responsabilização pelo resultado, de outro. A imputação do resultado, com grande ganho analítico, passa a compor o tipo, agora passível de decomposição em ação típica, objetiva; e dolo e negligência, subjetivos.

Hans Welzel avança, também, na responsabilização pelos resultados delitivos, ao, aperfeiçoando as contribuições de Frank e de Freudenthal, definir a culpabilidade como sendo reprovabilidade, ou seja, a reprovação pelo fato de que embora pudesse ter se motivado de acordo com a norma, o agente não o fez. Vide a famosa decisão do *Bundesgerichtshof*, de 18 de março de 1952: “Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit”. A pena exige a culpabilidade. Culpabilidade é reprovabilidade.

Se de um lado o finalismo representa um avanço na possibilidade de impor uma sanção penal a alguém, tornando-a, a princípio, mais rigorosa, de outro sedimenta a perspectiva segundo a qual a aplicação de sanção penal, na medida em que mais dura do que a sanção civil, faz com que a infração penal necessite de um componente desconhecido do ilícito civil, a saber, precisamente, a culpabilidade.

A culpabilidade, no modelo finalista, embora torne mais rigorosa a aplicação da pena, eterniza a necessidade da pena como consequência da prática de um delito. Nesse particular, o funcionalismo não é uma ruptura com o finalismo, porém sua exacerbação. Na medida em que a aplicação da pena dependa não da intangível possibilidade de reprovar alguém pelo mau uso de um indemonstrável livre-arbítrio, porém da necessidade preventiva que dela decorra (limitada ou não pela culpabilidade), máxime a consolidação do vínculo entre os conceitos de delito e de pena, cuja intermediadora, em última análise, exceção feita a posições extremadas como a de Günther Jakobs, é a culpabilidade.

Grosso modo, a culpabilidade impera ainda hoje, quase que majoritariamente no Brasil, e de modo decisivo na Alemanha, dado que o próprio Claus Roxin, em que pese ter criado a categoria da responsabilidade, manteve quase intacta a culpabilidade finalista, definindo-a assim:

[...] o agente age culpavelmente quando ele realiza um injusto penal, embora ele pudesse ter sido alcançado pelo apelo normativo e possuísse capacidade suficiente de autodeterminação, de modo que uma alternativa de comportamento em conformidade com o Direito lhe fosse possível.¹

Troca-se o *Anders-Handel-Können* “poderia agir de outro modo” por um *Anders-Handeln-Sollen*, “deveria agir de outro modo”. Permanece sendo, porém, reprovabilidade por uma escolha racional contra o Direito, servindo o precedente do *Bundesgerichtshof* aplicável até mesmo à culpabilidade funcionalista.

O homem culpável permanece sendo aquele que racional e livremente decidiu agir contra o Direito, embora pudesse ter cedido ao apelo normativo, a que ele conhece, na esmagadora maioria das vezes, pelo singelo fato de viver em sociedade. Como resultado, o homem culpável tem de ser punido, variando o discurso quanto aos porquês.

A mim me parece que não se pode, sobretudo em sociedades heterogêneas como a brasileira, afirmar que a mera vida em sociedade leva ao conhecimento das proibições jurídicas. E mais: a Psicologia parece já ter demonstrado à sociedade que esse homem racional não existe.

Compreendo que na Alemanha a impressionante homogeneidade social permita a conclusão de que o convívio social é suficiente para o conhecimento das proibições. Com efeito, o acesso massivo aos mesmos ambientes de socialização, notadamente o sistema educacional e os aparelhos de lazer e espaços públicos amplamente considerados, permite que o controle social informal seja relativamente uniforme e harmônico com o controle social formal.

E é por esse mesmo motivo que compreendo a percepção de que a pena tenha efeitos preventivos em tais sociedades. A homogeneidade social de um lado, e a harmonia entre os controles sociais de outro, parecem criar um arcabouço em que a punição de um sujeito reavive, no corpo social, o sentimento de que o bem jurídico por ele lesionado era importante. Certamente, esse não é o caso do Brasil.

Os jovens que servem ao narcotráfico em regiões de marcada exclusão social, as mundialmente famosas “favelas”, sabem exatamente que o comércio de substância entorpecente é proibido. Poderiam, a princípio, submeter-se a um mercado laboral informal e tornarem-se “otários de marmita”. Compreenda-se bem a equação: esses jovens não têm sistema de esgoto, água encanada, acesso a escola, acesso ao sistema de saúde, ruas pavimentadas, previdência social ou qualquer outro benefício estatal. Como ceder ao apelo normativo? O que se lhe oferece em troca? A submissão resignada à pobreza e à humilhação social.

A punição de um parceiro de crime, geralmente uma execução sumária, em confronto com a polícia, não é sentida como reafirmação de coisa alguma. É apenas um episódio de derrota em uma guerra sem vencedores e sem previsão de término. A certeza de uma morte precoce, por doença ou por bala, é o combustível para escolher-se uma vida contra o Direito, mas conforme sua percepção de dignidade e de felicidade. Qualquer reprovabilidade a esse jovem padecerá de inevitável cinismo.

Só há que se falar em escolha entre o Direito e o Injusto quando ambos os pratos da balança contêm algo a que sopesar. No exemplo dado, o braço da balança correspondente à fidelidade ao Direito estava vazio. Aí não se trata mais de escolher, mas de sucumbir. Sei que esse exemplo mexe com nossas arraigadas convicções positivistas. A primeira reação seria: então não vamos punir esses rapazes?

Essa reação revela a impossibilidade que vivemos hoje de pensar o delito desvinculado da pena em sentido aflitivo. Dito de outro modo: quem sabe em razão mesmo da construção histórica da ideia de culpa, ao se clamar por uma responsabilização, clama-se, automaticamente, por uma sanção aflitiva.

Afastar a reprovabilidade do cenário jurídico-penal, por impossível que pareça, e despir-se de qualquer crença em um papel positivo da pena não gera como consequência lógica o fim do Direito Penal. Mediante o desfazimento de alguns elos históricos, notadamente o elo entre o delito e a pena aflitiva, intermediado pela culpabilidade, abre-se espaço para uma nova semântica jurídico-penal.

SUPERAÇÃO DOS SOFISMAS

O primeiro sofisma a ser superado é o de que o Direito Penal protege os bens jurídicos mais importantes e que bens jurídicos mais importantes são aqueles protegidos pelo Direito Penal. A verdade é que o Direito Penal protege aqueles bens jurídicos que o Parlamento tiver escolhido, dentro do jogo político, como importantes. O Direito Penal, portanto, sempre estará a serviço da manutenção do *status quo*, quer queiramos quer não. A missão do Direito Penal é, assim, o de liminar, ao máximo, o poder punitivo estatal.

A pena deixa de ter qualquer função positiva. É um mal necessário, que deve ser reservado para aquelas situações em que o Estado falhou na recomposição do dano de relação, definição ora proposta de delito que, a propósito, volta a ser concebido como um conflito interpartes, como um dano de relação.

Nesse novo arcabouço, abre-se espaço para inúmeras novas formas de sanção penal, a saber, mediação, reparação, perdão, procedimentos restaurativos, penas alternativas, composição, transação etc.

E, já rumando à conclusão, abre-se novo *locus* para a culpabilidade. Ela deixa de ser o elo entre o delito e a pena e passa a ter uma dimensão reparadora, que, na formulação de Dirk Fabricius, é “a relação que, através da ação de um indivíduo, perde seu equilíbrio e passa a necessitar o contrabalanço pelo causador do desequilíbrio”. Trata-se de compreendê-la como “dano de relacionamento”, isto é, que o “desequilíbrio resulta da dor, do dano, do mal causado ao outro”².

Nessa nova semântica, o Direito Penal estaria alinhado com o Estado Democrático de Direito, pois troca-se a neurótica busca da punição, em que pesem as incontáveis demonstrações que não há ganhos sociais com elas, por procedimentos de recomposição de danos, de reconstrução de laços sociais que, ao fim e ao cabo, são o conteúdo da democracia.

Concluo com um exemplo que fala por si. Uma menina de 13 anos é flagrada tendo relações sexuais com dois rapazes, um jovem adulto e outro adolescente, no interior de um carro. A juíza não acredita na liberdade de consentimento da menina, cuja compleição física faz com que pareça ainda mais jovem. A dogmática penal manda aplicar ao jovem adulto a pena mínima de seis anos de reclusão, com todos os malefícios do rótulo “crime hediondo”. Por ser da Aeronáutica, deve ser excluído da corporação. Na comunidade, haverá o grupo que os considerará “estupradores” e o que vai considerá-la uma “vagabunda”. A magistrada, porém, propôs um círculo restaurativo com resultados incríveis. Os meninos assumiram que se soubessem a dor que isso ia causar na família da menina não teriam levado o projeto a cabo. O superior hierárquico, que também participou dos círculos, percebeu que o *nomen juris* estuprador não correspondia ao que de fato tinha ocorrido e convenceu seus superiores a não o desligar da corporação. Na comunidade, desfez-se a polaridade “estupradores” *versus* “vagabunda”, eis que moradores do bairro também participaram do círculo.

Com isso, não fugiram da responsabilidade. Pagam, por exemplo, o deslocamento da menina para um serviço psicológico que a está ajudando a compreender o episódio que, diga-se, não foi violento. Os danos de relação estão claramente compostos. A que serve uma sanção aflitiva? Qual a missão que o Direito Penal desempenharia? Para o jogo democrático, a extinção do processo sem julgamento do mérito seria o mais indicado.

NOTAS

1 Der Täter handelt schuldhaft, wenn er strafrechtliches Unrecht verwirklicht, obwohl er in der konkreten Situation von der Apellwirkung der Norm (noch) erreicht werden konnte und eine hinreichende Fähigkeit zur Selbststeuerung besaß, so dass eine rechtmäßige Verhaltensalternative ihm psychisch zugänglich war.

2 FABRICIUS, D. *Folter und unmeschliche Behandlung in Institutionen: Feldeffekte und Schuldfähigkeit als kriminogene Faktoren*. Hamburg: Merus, 2006, p. 39.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- : FABRICIUS, D. *Folter und unmeschliche Behandlung in Institutionen: Feldeffekte und Schuldfähigkeit als kriminogene Faktoren*. Hamburg: Merus, 2006, p. 39.

A FUNÇÃO COMUNICATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: EVIDÊNCIAS A PARTIR DE UM CASO DE IMPUNIDADE*

Flavia Portella Püschel

Durante o período da Ditadura Militar no Brasil, opositores do governo estiveram sujeitos a diversos tipos de sanções jurídicas, como a suspensão de Direitos políticos, a perda de mandato político, a expulsão de escolas públicas, o exílio e a prisão. Além disso, embora a pena de morte nunca tenha sido aplicada de modo oficial, muitos opositores foram torturados e mortos por agentes do Estado. Até hoje, um grande número de opositores continua desaparecidos, sem que tenha sido possível localizar seus corpos.

Em 1979, no âmbito de um processo de redemocratização conduzido pelo próprio regime militar, foi promulgada uma lei de anistia por meio da qual extinguiu-se a possibilidade de sanção por crimes políticos ou com motivação política praticados até aquela data, tanto pelos opositores do regime quanto pelos agentes do próprio Estado¹.

A Lei de Anistia, tendo sido elaborada ainda no âmbito do regime autoritário, foi estabelecida nos termos desejados pelos militares e seu objetivo foi principalmente o restabelecimento das relações entre o governo e a oposição, de modo a permitir o processo de abertura política. Não fazia parte dos objetivos do governo o estabelecimento da verdade acerca dos abusos praticados ou a punição dos agentes estatais que haviam violado Direitos Humanos².

Duas outras leis, a chamada Lei dos Desaparecidos (Lei nº 9.140, de 1995) e a Lei nº 10.559, de 2002, criaram um sistema de reparação das vítimas da Ditadura Militar, determinando o pagamento de indenização por parte do Estado, além de outras medidas, como o reconhecimento da morte das pessoas desaparecidas durante a Ditadura. Para o pagamento dessas indenizações foi instituída a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), formada por representantes do governo, das Forças Armadas, do Ministério Público Federal, familiares de mortos e desaparecidos e da Câmara de Deputados.

Com isso, pode-se dizer que foi estabelecida uma responsabilidade do Estado pelos atos de violência praticados por seus agentes, mas preservou-se a ideia de irresponsabilidade individual dos próprios agentes estatais.

De modo que, em suma, o processo de anistia iniciado em 1979, embora tenha evoluído do limitado objetivo inicial de permitir o diálogo com a oposição e a transição para a democracia para o reconhecimento de responsabilidade estatal e a reparação das vítimas, não incluiu um esforço para identificar³ e/ou punir os indivíduos que perpetraram as violações de Direitos Humanos que caracterizaram o regime autoritário. De maneira geral, pode-se dizer que a tônica do processo de anistia brasileiro continuou sendo a conciliação.

É preciso notar que, excluindo-se alguns grupos bastante ativos, especialmente de vítimas e parentes de vítimas da Ditadura, não se pode dizer que – pelo menos até o momento – tenha havido na sociedade brasileira em geral um movimento de revisão dos termos da interpretação original da anistia política, confirmada recentemente pelo STF⁴, no sentido de que esta favorece também os agentes estatais. Foi diante desse pano de fundo que, em 2005⁵, cinco membros de uma mesma família propuseram na Justiça uma ação muito intrigante do ponto de vista jurídico⁶.

Conforme as alegações dos autores, em dezembro de 1972 agentes estatais sob o comando do réu – então major do Exército – prenderam dois dos autores, marido e mulher, juntamente com um amigo destes. Todos foram levados a um prédio do Exército na cidade de São Paulo, onde foram submetidos a sessões contínuas de tortura. No dia seguinte, policiais prenderam os demais autores: a irmã da mulher – que estava grávida – e os dois filhos do casal, que à época tinham cinco e quatro anos de idade. Levados ao mesmo local que os demais, a autora grávida foi também torturada. As crianças, mantidas confinadas no prédio do exército, foram usadas como meio para torturar psicologicamente os pais, além de terem sido obrigadas a ver os pais feridos em decorrência da tortura. Os adultos permaneceram presos por períodos que variaram de quatro meses a cinco anos⁷.

Como qualquer ação, mesmo civil, que pedisse a condenação do réu, correria grande risco de ser extinta sem julgamento de mérito⁸ devido à polêmica sobre a interpretação da Lei de Anistia, os autores propuseram uma “ação declaratória de responsabilidade civil” por meio da qual não pedem nenhuma

indenização, mas apenas que o Poder Judiciário brasileiro *declare* que o réu os torturou⁹. Em primeira instância, a ação foi julgada procedente em relação aos pais e à tia e improcedente em relação aos filhos (por falta de provas)¹⁰.

Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a decisão de primeira instância¹¹. Mas, independentemente do resultado final do processo, a simples propositura da ação é suficiente para provocar a curiosidade do jurista. Que sentido pode ter uma sentença declaratória de responsabilidade civil, especialmente diante do risco de que jamais se admita a *condenação* dos agentes do Estado que violaram Direitos Humanos durante a Ditadura a *reparar* os danos causados às suas vítimas?

Aparentemente, nenhuma das funções tradicionalmente atribuídas à responsabilidade civil – reparação da vítima, prevenção, punição do autor do ilícito, distribuição de riscos e danos – pode ser atingida por meio dessa ação. Então, que função pode ter uma ação desse tipo, tanto para seus autores e para o réu quanto para a sociedade?

Defenderei que – ainda que se pressuponha a interpretação tradicional da Lei de Anistia em sua versão mais favorável aos agentes do Estado – a declaração de responsabilidade civil é admissível e exerce uma função social importante.

Procurarei demonstrar que o caso da ação declaratória de responsabilidade civil por tortura coloca em evidência uma função social presente – embora obscurecida – em todos os casos de responsabilidade civil e comum a todas as formas de responsabilidade jurídica (não apenas civil, portanto). Para isso, analisarei as funções e justificativas tradicionalmente invocadas para a imputação de responsabilidade civil: **(I)** este exercício demonstrará que estão todas associadas diretamente e de modo essencial apenas com a *sanção* atribuída ao responsável pela prática de um ato ilícito; **(II)** em seguida, identificarei outra função para a responsabilidade civil, independentemente da aplicação de qualquer tipo de sanção, com base na teoria da responsabilidade de Klaus Günther, e demonstrarei que essa é a função característica da responsabilidade, a qual distingue a responsabilidade civil de outros institutos jurídicos que realizam aquelas mesmas funções que lhes são tradicionalmente atribuídas. Tal função, a função comunicativa de autoria, é que permite enxergar o sentido e a importância da ação declaratória de responsabilidade civil analisada **(III)**.

I – AS FUNÇÕES TRADICIONALMENTE ATRIBUÍDAS À RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA RELAÇÃO COM A SANÇÃO

Do ponto de vista de políticas públicas, as decisões sobre atribuição de responsabilidade civil a uma ou outra pessoa, estabelecendo-se responsabilidade com culpa ou sem culpa, assim como a própria utilização da responsabilidade em cada tipo de situação – diante da possibilidade de regulação por meio de outros instrumentos – justificam-se com base em certos objetivos sociais que se busca atingir e para os quais se considera que a responsabilidade civil seja um meio mais ou menos adequado.

Tais objetivos sociais são o que chamarei aqui de funções da responsabilidade civil, as quais são, tradicionalmente: **(i)** a reparação de um prejuízo; **(ii)** a prevenção da ocorrência de prejuízos; **(iii)** a punição do autor de um ilícito (função normalmente associada à função de prevenção, como se verá a seguir); e **(iv)** a distribuição de riscos e prejuízos.

Não pretendo dizer que são essas as únicas funções possíveis para a responsabilidade civil (ao contrário, este artigo pretende justamente mostrar que existe pelo menos mais uma), mas são certamente aquelas consideradas centrais e mais discutidas na literatura.

Algumas delas podem ser tão centrais a ponto de servirem para definir a responsabilidade civil. No Brasil, a responsabilidade civil é normalmente definida como o dever de reparar um dano causado ilicitamente¹², o que não apenas dá um caráter central à função de reparação da vítima, como a converte na própria essência da ideia de responsabilidade, com todas as consequências daí derivadas, especialmente a fixação de uma certa visão de política pública sobre a regulação de danos.

Trata-se, além disso, de funções polêmicas e muito discutidas na literatura especializada. Não é objetivo deste texto esgotar as possibilidades de discussão dessas questões, nem tampouco traçar um quadro completo do estado atual desse debate. Pelo contrário, o texto trará apenas *exemplos* de argumentos específicos.

Tampouco é objetivo deste trabalho discutir os valores por trás dos vários argumentos. Não se discutirá, por exemplo, se a distribuição de riscos e prejuízos é um valor em si mesmo ou apenas um meio para atingir outro valor, como uma certa alocação de recursos, ou se a alocação de recursos de modo

a que o preço de um bem reflita seu custo de produção é uma meta a ser perseguida ou não.

O objetivo deste tópico é apenas traçar as linhas gerais dos argumentos geralmente propostos para verificar se uma ação declaratória de responsabilidade civil faria algum sentido nos termos dessa discussão e por quê. Naturalmente, a separação das funções como apresentada a seguir não significa que elas não se relacionem, que não haja influências de umas sobre as outras, nem que sejam sempre conciliáveis.

● 1. FUNÇÃO DE REPARAÇÃO

Uma das funções atribuídas à responsabilidade civil é a reparação de danos, isto é, a função de transferir o ônus de arcar com um prejuízo dos ombros de quem o sofreu para os ombros de outrem. A discussão com relação a essa função da responsabilidade civil refere-se às circunstâncias em que tal transferência deve ser feita e inclui argumentos de justiça e argumentos econômicos. Às vezes, a reparação da vítima aparece como um objetivo em si mesmo e, às vezes, como um meio para atingir outro objetivo.

Assim, por exemplo, do ponto de vista de uma certa concepção de justiça, devemos ser considerados responsáveis por todos os prejuízos que causamos por nossa culpa¹³. Nesse caso, a reparação da vítima é um objetivo em si mesmo, uma exigência de justiça nos casos em que o causador do dano agiu com culpa.

Do ponto de vista econômico, um exemplo de argumento para a transferência do ônus de reparação da vítima para outra pessoa é o fato de que a atribuição desse ônus à vítima resultaria em uma distorção do custo do exercício de atividades, uma vez que tais custos não seriam assumidos pelas pessoas que as exercem. Nesse caso, a reparação da vítima é um meio para alcançar um objetivo de alocação de recursos¹⁴.

Em todo caso, e é isso que propriamente interessa demonstrar, para que a atribuição de responsabilidade civil atinja de fato o objetivo de reparar a vítima, é preciso que alguém *pague*, não sendo suficiente para tanto que o causador do dano seja *declarado* responsável. Se a responsabilidade civil deve servir como meio de reparação, o responsável deve ser obrigado a pagar pelos danos.

Isso mostra que o objetivo de reparação depende essencialmente da sanção que se aplique ao responsável. A associação da responsabilidade civil ao seguro, como forma de diminuir o risco de insolvência do responsável, bem como a existência de sistemas de reparação de danos acidentais que prescindem totalmente da ideia de responsabilidade (como o existente na Nova Zelândia¹⁵) mostram, por outro lado, que a função de reparação de danos não é exclusividade da responsabilidade civil, mas também pode ser buscada – muitas vezes com mais segurança para a vítima e mais eficiência – por meio de outros mecanismos jurídicos.

● 2. FUNÇÃO DE PREVENÇÃO DA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZOS

A responsabilidade civil também é comumente encarada como um mecanismo para evitar a ocorrência de danos. Nesse caso a ideia é que, atribuindo-se a responsabilidade por danos a quem os causa, cria-se um incentivo para que as pessoas desenvolvam meios mais seguros de praticar certas atividades ou abandonem a sua prática, em favor de atividades que gerem menos prejuízos¹⁶.

Mais uma vez, o objetivo depende de que o responsável *pague*, ou seja, o efeito preventivo da responsabilidade é esperado em função do fato de o responsável ser forçado a arcar com os custos de sua atividade, sem o que a ideia do incentivo não se realiza.

● 3. FUNÇÃO DE PUNIÇÃO DO AUTOR DE UM ILÍCITO

A função de punição do autor de um ilícito praticamente não se considera uma função em si mesma, mas um modo de atingir a prevenção de prejuízos. De todo modo, no entanto, trata-se de uma maneira peculiar de prevenção, pois se baseia na ideia de que infligir um sofrimento ao autor de um dano é capaz de evitar a ocorrência de danos no futuro.

Essa função da responsabilidade civil recebe destaque nos sistemas que aceitam a responsabilidade civil punitiva, isto é, em sistemas que aceitam que o valor a ser pago pelo responsável possa ser calculado não em relação estrita ao dano causado, mas com vistas a um valor alto o suficiente para representar um desestímulo à prática do ilícito¹⁷.

Se a ideia de punição está ligada ao sofrimento, no caso da responsabilidade civil esse consistiria na perda de patrimônio, de modo que também a função punitiva da responsabilidade civil depende da imposição da sanção.

● 4. FUNÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS E PREJUÍZOS

A função de distribuição de riscos e prejuízos, por vezes, é defendida com um argumento de justiça. Nesse caso, diz-se genericamente que distribuir o ônus de um prejuízo entre um grande número de pessoas diminui o fardo individual, sendo, por essa razão, mais justo do que deixar que a vítima arque sozinha com a totalidade do dano.

Do ponto de vista dos argumentos econômicos, diz-se, por exemplo, que tirar uma grande soma de dinheiro de uma pessoa tem mais probabilidade de resultar em deslocamento econômico e, assim, em perdas secundárias¹⁸. Também nesse caso é evidente que a realização da função social em questão depende necessariamente da atribuição ao responsável do dever de *pagar* pelos prejuízos, ou seja, depende, como todas as demais funções apontadas, da sanção que se lhe impõe.

Da breve análise anterior podemos tirar uma conclusão importante para a discussão a que nos propusemos: as ditas funções da responsabilidade civil são indissociáveis da *sanção* que se aplica ao responsável, sendo, portanto, funções dessa sanção.

Todas elas, aliás, podem ser perseguidas por outros meios jurídicos – como seguros, previdência, sanção penal ou administrativa¹⁹ etc. – não sendo, portanto, exclusivas da responsabilidade civil. Diante disso, pode-se afirmar que nenhuma das funções tradicionais analisadas é propriamente uma função da imputação de responsabilidade em si mesma, a qual pode ser substituída – para tais fins – por outros instrumentos.

II – A FUNÇÃO COMUNICATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Se as funções sociais da responsabilidade civil estão de fato ligadas especificamente à sanção jurídica aplicada ao responsável, não há sentido em atribuir responsabilidade a alguém quando não é possível aplicar-lhe nenhuma sanção, como no caso da ação declaratória descrita anteriormente, e resta o problema de explicá-la. Desse ponto de vista, teria sido um erro do juiz aceitar tal ação para julgamento, sendo a mobilização do Poder Judiciário para esse fim nada mais do que um grande desperdício.

No entanto, como procurarei demonstrar a seguir, as funções sociais da sanção aplicada ao responsável não se confundem com a função social própria

da imputação de responsabilidade. Para isso, vou me basear na teoria da responsabilidade elaborada por Klaus Günther²⁰, a qual demonstra que a imputação de responsabilidade constitui uma prática social com sentido próprio quando as regras de imputação têm legitimidade democrática.

Partindo da observação das situações em que se fala de responsabilidade – não apenas no âmbito do Direito – Günther conclui que em todas elas é possível observar duas características constantes: uma certa estrutura formal e uma função social que dela decorre.

As situações de responsabilidade envolvem sempre a atribuição de certas ações ou omissões e suas consequências a uma pessoa para que esta preste conta do ocorrido perante outras pessoas. Nisso consiste sua estrutura formal. As regras que determinam essa atribuição variam conforme o caso – são diferentes para a responsabilidade por crimes e por ilícitos civis, por exemplo –, mas a estrutura formal de base é constante.

Da estrutura formal decorre, por sua vez, a função social da responsabilidade: por meio dessa prática social escolhe-se, dentre o novelo obscuro e confuso de relações de causalidade e probabilidade que envolve os acontecimentos, aquelas que serão relevantes para explicar o ocorrido. Por meio da responsabilidade, estrutura-se o fluxo infinito dos acontecimentos, interrompendo a busca por relações de causalidade em um ponto específico: uma pessoa agente, a quem o acontecimento em questão será atribuído como sendo de sua autoria.

O significado da atribuição de responsabilidade a uma pessoa fica claro quando lembramos que ela se dá sob o pano de fundo de explicações alternativas: um acontecimento pode ser atribuído às circunstâncias, à sociedade, à natureza, ao destino etc. Em suma, a responsabilidade, nos vários contextos em que aparece, estrutura a comunicação social sobre problemas, conflitos, riscos etc., de modo que esses sejam atribuídos a pessoas e não – como também seria possível – a processos supraindividuais.

As regras de imputação de responsabilidade variam conforme o contexto e seu conteúdo é definido politicamente. Ao decidir politicamente sobre as regras de responsabilidade a que estarão sujeitos, os cidadãos assumem o que Günther denomina de “responsabilidade pela responsabilização”, um processo que ele explica com referência à teoria da democracia deliberativa de Jürgen Habermas.

A ideia de responsabilidade, aponta Günther, encontra-se já inserida nas próprias relações comunicativas elementares, pois dentre as disposições e aptidões pressupostas pela teoria do discurso, estão a capacidade e a disposição de prestar contas de seus próprios proferimentos linguísticos. Um falante, ao levantar uma pretensão de validade, precisa estar disposto a deixar-se vincular à pretensão levantada, defendendo-a com razões convincentes. Se o falante não assume responsabilidade pelo próprio proferimento, não faz sentido para o ouvinte reagir à pretensão de validade levantada criticando-a e respondendo a ela com contrarrazões.

O ouvinte precisa supor que o falante esteja em condições de se comportar de maneira crítica em relação não apenas aos proferimentos alheios, mas também às próprias pretensões de validade que levanta. Nas palavras de Günther, “essa capacidade de autocrítica e autocorreção é a base da capacidade de responder pelos próprios proferimentos perante outrem, de tornar-se o autor responsável de um proferimento relevante do ponto de vista da validade. Em suma: essa capacidade é a base da imputabilidade do falante”²¹.

Esse pressuposto da imputabilidade do falante migra para a prática legislativa democrática estruturada juridicamente com base em um procedimento de caráter discursivo: o conceito de cidadão pressupõe igualmente a capacidade e a disposição para a autocrítica e para a autocorreção. Sendo assim, o cidadão que se responsabiliza pela determinação das regras de imputação é, necessariamente, uma *pessoa deliberativa*.

O procedimento legislativo democrático exige que a norma jurídica seja resultado de procedimentos decisórios públicos, fundados em razões, dos quais todos os cidadãos têm o direito de participar. Disso decorre (e depende) o caráter vinculante do Direito. Em suma, a legitimidade das regras de imputação deriva do fato de serem decididas pelos próprios cidadãos e de que tal decisão é racional, ou seja, ocorre no âmbito de uma competição pública pelas melhores razões, da qual todos podem tomar parte.

Em outras palavras, em uma democracia, os cidadãos assumem dois papéis diferentes no que se refere ao Direito: são autores das normas e também seus destinatários. Quando são autores das normas, estão na posição própria de *cidadãos*. Quando na situação de destinatários do Direito vinculados pelas normas, estão no papel de *pessoas de direito*. Segundo

Günther, é essa troca de papéis que determina a força vinculante da norma jurídica e localiza a possibilidade de dissenso no momento do debate político. O que ambos os papéis têm em comum é a imputabilidade no sentido da teoria do discurso.

Uma outra característica importante do procedimento democrático de criação de normas jurídicas é que, ao contrário dos discursos, eles são organizados para permitir que se chegue, num espaço de tempo limitado, a uma decisão majoritária. Os cidadãos têm um Direito e não um dever de participar do debate público, de modo que normas jurídicas podem passar a valer e vincular as pessoas mesmo que nem todas tenham, de fato, feito uso de sua capacidade deliberativa e mesmo que não se tenha chegado a um acordo unânime.

O que funda o dever de respeitar a norma jurídica, então, não é o fato de ter realmente participado do debate público, mas apenas o Direito e a possibilidade igual de participação. Nas palavras de Günther,

[...] são a capacidade de posicionamento crítico, atribuída à pessoa deliberativa, e o Direito subjetivo igual ao exercício eficaz dessa capacidade em procedimentos democráticos institucionalizados juridicamente que, em conjunto, fundamentam a pretensão de vinculação do Direito positivo.²²

O caráter vinculante da norma jurídica significa que a pessoa pode discordar dela no seu papel de cidadão, isto é, no debate público pela melhor razão. No papel de pessoa de Direito, ao contrário, poderá discordar internamente da norma, ou seja, no interior de sua consciência, mas deverá portar-se segundo ela, sob pena de vir a responder por seu comportamento.

A legitimação democrática do Direito, afirma Günther, distingue-se de qualquer outra forma de legitimação justamente por permitir a comunicação entre o cidadão e a pessoa de Direito (por meio do conceito de pessoa deliberativa) sem eliminar a diferença entre esses dois papéis. Ao decidir deliberativamente sobre a responsabilidade, os cidadãos não definem apenas normas de conduta, mas também as circunstâncias em que o descumprimento dessas normas poderá ser-lhes futuramente imputado quando estiverem na posição de destinatários das normas. Portanto, a “responsabilidade pela responsabili-

zação” inclui o estabelecimento das capacidades e incapacidades, do limite da liberdade que deve fazer parte do conceito de pessoa responsável a ser usado para a imputação de responsabilidade. Em outras palavras, a decisão deliberativa acerca das regras de imputação de responsabilidade implica a definição do que determinada sociedade considera ser uma pessoa responsável.

A atribuição de responsabilidade feita desse modo, isto é, com base em regras e em um conceito de pessoa responsável publicamente reconhecidos pode ser compreendida como uma ação social com *sentido próprio*, como um ato *performativo*. Tal ato performativo se conclui com o proferimento da sentença, independentemente da sanção que seja eventualmente aplicada à pessoa considerada responsável.

Como ato performativo, uma sentença condenatória, por exemplo, tem pelo menos quatro significados. Comunica ao delinquente, à vítima e à sociedade a mensagem de que a norma violada permanece válida. Ao delinquente, a sentença condenatória comunica que o ato ilícito foi um erro seu, que não pode ser atribuído às circunstâncias, à natureza, à sociedade etc. À vítima, comunica-se que o que ela sofreu não foi resultado de ação sua, ou resultado de má sorte, do destino etc. À sociedade, por fim, a sentença condenatória comunica que o ocorrido não lhe pode ser atribuído, nem tampouco ao azar, à natureza etc., mas à autoria de uma pessoa responsável.

É por essa comunicação, fundada na determinação pública das regras de responsabilização, que a responsabilidade cumpre sua função de estruturação dos acontecimentos, estabelecendo que acontecimentos serão explicados como decorrência das ações de uma pessoa, de outra pessoa ou de ninguém.

Voltando ao caso da tortura, a ação declaratória de responsabilidade civil julgada procedente comunica que o réu tem um dever de reparar como consequência de ter sido *autor* de um *ato ilícito*, ainda que não o condene a reparar o prejuízo.

Já ao simplesmente declarar a existência da relação jurídica de responsabilidade civil, o juiz, portanto, comunica tanto às vítimas, quanto ao réu, quanto à sociedade, que a tortura a que foram submetidas as vítimas foram *ilícitas* e que os danos sofridos por elas não foram mero golpe do destino ou consequência de suas próprias escolhas e atitudes, mas decorrência de atos de autoria do réu.

Com isso, *constrói-se* um pedaço faltante da verdade sobre o que aconteceu às vítimas. Sua história recebe qualificação jurídica, pois apenas o Poder Judiciário tem o poder de dizer definitivamente se os atos em questão eram ou não ilícitos. Além disso, essa história passa a ser narrada também na voz ativa: deixa de ter apenas vítimas e passa a incluir também seu algoz.

O sentido de uma ação declaratória de responsabilidade civil agora fica claro. Fica claro também que tal sentido é completamente independente da aplicação de uma sanção de reparar ou de qualquer outra sanção.

CONCLUSÃO

O argumento desenvolvido neste texto permite perceber que é a função comunicativa da imputação de responsabilidade o que permite dar sentido à ação declaratória proposta pelas vítimas de tortura: uma sentença judicial declarando que o réu praticou os atos de que é acusado é um ato performativo, o qual comunica aos autores, ao réu e à sociedade que aqueles fatos ocorreram, eram ilícitos e que, conforme o Direito brasileiro, o réu é considerado seu autor. Desse modo, conta-se a história das agressões sofridas não como um acaso, como golpe do destino, como consequência de atos das próprias vítimas ou como decorrência de processos sociais supraindividuais, mas como atos de autoria do réu, individualmente.

Daí justificar-se realmente o temor manifestado pelo advogado do réu em sua defesa, ao afirmar que a declaração do juiz seria uma maneira oblíqua de condenação. De fato, a declaração não é um ato sem consequência, ainda que a ela não se siga nenhuma sanção.

Na verdade, como dito anteriormente, a ação declaratória de responsabilidade nos permite vislumbrar claramente algo que faz parte de toda ação de responsabilidade civil²³ e que não enxergamos normalmente por estarmos muito acostumados a entender a imputação apenas como o requisito para a aplicação de uma sanção, e não como um ato performativo com sentido próprio.

Uma vez que a aplicação de sanção nos casos de responsabilidade civil sempre pressupõe a imputação do ilícito, o efeito comunicativo aqui descrito apresenta-se sempre, em todas as sentenças, apenas complementado, conforme o caso, pelos efeitos da sanção.

Isso nos permite concluir que perseguir os objetivos de reparação, prevenção, punição e distribuição por meio da responsabilidade civil ou por outros meios que dispensam a imputação de autoria dos atos danosos – como seguro ou previdência – não é apenas uma questão de grau, pois há algo que apenas a responsabilização pode realizar, nomeadamente a comunicação acerca da autoria do ilícito e dos danos.

Tratar da reparação e distribuição de certos prejuízos por meio da instituição de seguros, por exemplo, não gera esse efeito comunicativo. A companhia de seguros é obrigada a reparar prejuízos por força do contrato celebrado e esse dever independe do estabelecimento da autoria do prejuízo a ser indenizado. Certamente, o fato de a companhia de seguros ser obrigada a pagar o conserto do automóvel segurado não significa que foi a companhia seguradora quem provocou o acidente de trânsito

Se o objetivo é tratar da questão da autoria, isto é, se é importante comunicar que, conforme o Direito, determinado indivíduo ou grupo de indivíduos é (ou não é) a causa relevante de certo prejuízo ou ato ilícito, a imputação de responsabilidade é necessariamente o instrumento a ser utilizado. Não há substituto para a responsabilidade nesse caso. O caso da anistia política no Brasil demonstra claramente que o problema da autoria está muito longe de ser irrelevante.

Não é meu objetivo defender que a simples declaração de responsabilidade individual seja suficiente para dar conta do passado autoritário do país e das terríveis violações de Direitos Humanos que o caracterizaram. Mas, espero ter demonstrado que a imputação de responsabilidade pode por si mesma cumprir um papel relevante nesse processo, constituindo ao mesmo tempo um elemento da busca pela verdade (afinal, a verdade sobre as torturas, mortes e desaparecimentos inclui informações sobre os indivíduos que praticaram a violência, e não apenas sobre quem a sofreu) e um elemento da busca por justiça.

Esse é um dado importante a ser considerado tanto no julgamento de outras ações declaratórias de responsabilidade civil quanto na regulamentação da recém-criada Comissão Nacional da Verdade, cuja lei instituidora prevê, em seu art. 3º., II, que faz parte dos objetivos da Comissão “promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua *autoria*.” (grifo nosso)

NOTAS

* Originalmente publicado em: EILBAUM, L.; GESTA LEAL, R.; RIBEIRO MEYER, S. (Orgs.). *Justiça de transição: verdade, memória e justiça*. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 359-376. Versões preliminares deste texto foram apresentadas no “2008 Joint Meeting of the Law and Society Association and the Canadian Law and Society Association”, em 01 jun. de 2008 e no Congresso Brasil-Alemanha “Responsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito”, em 07 out. de 2009. A autora agradece às críticas e comentários recebidos por ocasião dessas apresentações, bem como pela leitura atenta e sugestões apresentadas pelos membros do Núcleo Direito e Democracia do Cebrap. Agradecimento especial é devido a José Rodrigo Rodriguez e Marta Rodriguez de Assis Machado, interlocutores constantes. Naturalmente, este trabalho reflete apenas a posição da própria autora, que assume total responsabilidade pelos vícios que eventualmente permaneçam.

1 A questão polêmica acerca da aplicabilidade da Lei de Anistia aos agentes estatais que praticaram tortura foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com o julgamento da ADPF nº 153, de 29/04/2010, no sentido da impossibilidade de responsabilização criminal de tais agentes. Se o julgamento excluiu também a possibilidade de responsabilidade civil permanece, no entanto, em aberto.

2 Cf. MEZAROBBA, G. “25 anos de anistia: um processo inconcluso”. In: *Novos Estudos*, nº 70 (2004), p. 22.

3 O trabalho de reconstrução da verdade realizado pela CEMDP, por meio da publicação do livro *Direito à Memória e à Verdade*, de 2007, por exemplo, não incluiu a individualização dos autores das violações de Direitos Humanos ali registradas. Pode-se dizer que o esforço feito pela Comissão em busca da verdade resultou em uma história contada na voz passiva: o livro traz informações apenas sobre quem foi sequestrado, torturado ou morto, mas não esclarece quem os sequestrou, torturou ou matou.

4 Cf. MEZAROBBA, G., *op. cit.*, p. 22 e 26. Mais recentemente, a questão passou a ocupar algum espaço na imprensa, tendo havido também iniciativas voltadas a rever os limites da interpretação tradicional da Lei de Anistia, como a citada ADPF nº 153 e uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra dois antigos agentes do regime. Além disso, no que se refere à busca da verdade, em 2007 a Secretaria Nacional de Direitos Humanos publicou o já mencionado livro *Direito à memória e à verdade*. Houve também a abertura de alguns arquivos do período ditatorial, inclusive a localização de certos arquivos que se julgavam

perdidos, bem como a promulgação da Lei nº 12.528/2011, a qual criou uma Comissão Nacional da Verdade, “com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de Direitos Humanos” praticadas no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição de 1988 “a fim de efetivar o Direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional” (art. 1º. da Lei nº 12,528/2011).

5 Lembre-se que na época da propositura da ação, não havia ainda o julgamento da ADPF nº 153 pelo STF. A interpretação de que a Lei de Anistia aplicava-se aos torturadores prevalecia, mas era disputada.

6 Proc. 583002005202853-5/SP.

7 Em sua defesa, o réu alega que é parte ilegítima, pois atuava como agente do exército brasileiro, podendo a responsabilidade, caso exista, ser atribuída apenas ao Exército, que não há interesse processual, devido à anistia, e que a ação declaratória não pode ser usada para os fins pretendidos pelos autores. No mérito, alega que os três autores adultos à época dos acontecimentos eram procurados pelos órgãos de segurança nacional do Estado, de modo que ao prendê-los apenas cumpria as leis vigentes na época. Alega que as crianças foram levadas juntamente com a tia para que não ficassem sozinhas. Quanto às alegações de tortura, o réu nega que tais eventos tenham ocorrido sob seu comando e afirma nunca ter participado de sessões de tortura.

8 Recentemente, parentes de um jornalista morto em 1971 propuseram ação semelhante contra o mesmo major (hoje coronel reformado). Cf. *Folha de São Paulo*, 13/04/2008, p. A10. Neste caso, o TJSP, acolhendo por maioria o recurso de agravo de instrumento proposto pelo réu, determinou a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir (Agr. Instr. 568.587.4/5-00). Segundo o voto do Relator, as autoras pretendiam a declaração de existência de *fato* e não de relação jurídica, o que não é admissível, segundo o art. 4º. do CPC. Sobre essa tese, ver nota 9, abaixo.

9 A rigor, como o Direito brasileiro não admite ação declaratória de mero fato, a não ser no caso excepcional de autenticidade ou falsidade de documento (CPC, art. 4º), o que os autores da ação pedem é que seja declarada a existência de relação jurídica de responsabilidade civil. Como tal relação consiste no efeito da prática de um ato ilícito, o deferimento do pedido implica necessariamente uma afirmação de que o réu praticou um ato ilícito, no caso, que causou danos aos autores por meio de tortura.

10 O juiz de primeira instância, na fundamentação da sentença, interpreta a Lei de Anistia como tendo atingido apenas a responsabilidade criminal, e não a responsabilidade civil. Não é demais registrar, no entanto, que o deferimento do pedido declaratório não depende dessa interpretação e seria admissível mesmo diante da interpretação mais abrangente da anistia concedida pela lei e ainda que se considere que, de todo modo, qualquer pretensão à indenização contra o réu estaria prescrita. Basta que se considere que a anistia impede apenas a imposição da *sanção* jurídica e que a prescrição atinge tão somente a *pretensão* à indenização, e não o Direito subjetivo correspondente, comprometendo apenas a possibilidade de exigir o seu cumprimento, mas não a existência da relação jurídica de responsabilidade civil em si mesma.

11 TJSP – Apelação nº 0347718-08.2009.8.26.0000 – Rel. Rui Cascaldi – jugado em 14 ago. 2012.

12 Segundo CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2, por exemplo, em sentido jurídico, o vocábulo responsabilidade “designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico”.

13 Sobre a relação entre a noção de responsabilidade civil e a ideia moral de culpa no desenvolvimento histórico dos Direitos europeus de tradição continental, cf. VILLEY, M. “Esquisse historique sur le mot ‘responsable’”. In: *Archives de Philosophie du Droit*, t. 22, 1977.

14 Cf. COOTER, R & ULLEN, T. *Law & Economics*, 4. ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004, p. 310.

15 Cf. MANNING, J. “Reflections on Exemplary Damages and Personal Injury Liability in New Zealand”. In: *NZ Law Review*, 2002, p. 143-184.

16 Conforme CALABRESI, G. *The Costs of Accidents*. New Haven, Yale University Press, 1970, p. 27), “...a ideia de que a compensação das vítimas é uma das principais funções da regulação de danos acidentais (*accident law*) é na verdade um modo bastante enganador, embora às vezes útil, de formular este objetivo ‘secundário’ da redução de custos de acidentes”, isto é, o objetivo de “... reduzir os custos sociais resultantes de acidentes” (tradução da autora).

17 Sobre a responsabilidade civil punitiva no Direito brasileiro, ver PÜSCHEL, F. P. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. In: *Revista Direito GV*, nº 3, 2007, p. 17-23 e PÜSCHEL, F. P. (coord.). “A quantificação do dano moral no brasil: justiça, segurança e eficiência”. In: *Série Pensando o Direito*, nº 37, 2011, p. 9-52.

18 CALABRESI, G. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. In: *The Yale L. J.*, nº 70, 1961, p. 517.

19 Note-se que quando se diz que a responsabilidade civil pode ser substituída pela responsabilidade penal ou administrativa na persecução dos objetivos de prevenção e punição (e mesmo de reparação da vítima, nos casos em que tal seja a sanção penal aplicada, como no art. 297 do Código de Trânsito – Lei n.º 9.503/97), trata-se da substituição de uma sanção por outra: também no caso das responsabilidades penal e administrativa, o efeito preventivo e punitivo depende especificamente da aplicação das respectivas *sanções*, sendo, portanto, também nesses casos, funções das sanções.

20 Sobre o que se vai dizer acerca da teoria da responsabilidade de Klaus Günther, cf., deste autor: “Verantwortung in der Zivilgesellschaft”. In: MÜLLER-DOOHM, S. (org.). *Das Interesse der Vernunft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000, p. 465-485. “Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”. In: BRUNKHORST, H; NIESEN, P. (org.). *Das Recht der Republik*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, p. 83-104. Todos esses artigos tem tradução para o Português publicada em: PÜSCHEL, F.P. & MACHADO, M. R. de A. (orgs.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito – Textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009.

21 “Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do Direito”. In: *Revista Direito GV*, nº 3, 2006, p. 224.

22 *Qual o conceito de pessoa, op. cit.*, p. 230.

23 Assim como dos demais casos de responsabilidade, como a responsabilidade penal, por ilícito administrativo etc.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : CALABRESI, G. *The Costs of Accidents*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- : _____. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. In: *The Yale L. J.*, nº 70, 1961, p. 499-553.
- : CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- : COOTER, R. e ULLEN, T. *Law & Economics*, 4. ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004.
- : GÜNTHER, K. “Verantwortung in der Zivilgesellschaft”. In: S. Müller-Doohm (org.). *Das Interesse der Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000, p. 465-485.
- : _____. “Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”. In: BRUNKORST, H.; NIESEN, P. (org.). *Das Recht der Republik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 83-104.
- : MANNING, J. “Reflections on Exemplary Damages and Personal Injury Liability in New Zealand”. In: *NZ Law Review*, 2002, p. 143-184.
- : MEZAROBBA, G. “25 anos de anistia: um processo inconcluso”. In: *Novos Estudos*, nº 70 (2004), p. 19-30.
- : PÜSCHEL, F. P. “A função punitiva da responsabilidade civil no Direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica”. In: *Revista Direito GV*, nº 3, 2007, p. 17-36.
- : _____. (Coord.). “A quantificação do dano moral no brasil: justiça, segurança e eficiência”. In: *Série Pensando o Direito*, nº 37, 2011.
- : VILLEY, M. “Esquisse historique sur le mot ‘responsable’”. In: *Archives de Philosophie du Droit*, t. 22, 1977.

ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE E RISCO: APRENDENDO A LIDAR COM O QUE PODE DAR ERRADO

Luis Fernando Schuartz
(*in memoriam*)

O presente artigo trata dos problemas da existência, da magnitude e da legitimidade da distribuição do risco de erros na imputação de responsabilidade pela prática de atos ilícitos. Especificamente, o principal interesse do artigo é explorar – sem pretensão de solucioná-los – os referidos problemas nas situações em que tal imputação depender, de um ponto de vista lógico, do que denominarei de “juízos de causalidade prospectiva” entre um ato e a ocorrência de um evento futuro.

Riscos de erro de adjudicação são inelimináveis dos processos de aplicação do Direito, seja na fase de obtenção das premissas normativas e factuais que suportarão a tomada da decisão, seja na operação de passagem das premissas para a conclusão sobre a qual a decisão será baseada. Levando-se em conta as restrições de natureza material e temporal que incidem sobre as atividades de adjudicação, bem como o elevado grau de incompletude e imperfeição das informações sobre as quais deve, normalmente, o julgador basear a sua decisão, não seria surpreendente se constatássemos que as probabilidades de erro de decisão são não só estritamente positivas, mas também, em média, significativamente maiores do que zero.

Ante a onipresença do risco de erros decisórios, uma questão especialmente relevante que se coloca, em vista das pretensões de verdade e equidade que costumamos dirigir ao Direito, refere-se à criação de regras e ao desenvolvimento de estratégias – sobretudo as relativas à questão da prova – que nos permitam lidar, de uma maneira legítima, com os problemas indicados no início desta Introdução, a saber, os problemas (i) da magnitude do referido risco; e (ii) da sua distribuição, *ex ante* e *ex post*, entre as pessoas efetiva e potencialmente afetadas. Um dos objetivos do presente texto é contextualizar essa questão de forma a fazê-la ressurgir enquanto demanda justificada por uma solução política para os referidos problemas.

É oportuno assinalar que os problemas da magnitude do risco de erros e

sua distribuição interpessoal possuem uma relativa independência com respeito à discussão filosófica ou teórico-jurídica sobre o significado adequado da ideia de *causalidade* no Direito. De fato, seja qual for a posição que se queira adotar sobre esta última questão, continuará sendo necessário, ao menos do ponto de vista normativo, um posicionamento independente sobre os referidos problemas. *Fixada* uma concepção a respeito do sentido da exigência de causalidade no âmbito, e.g., do Direito Penal (por exemplo, que esse termo aponta para um critério *interno ao Direito* de seleção de um ou mais elementos do conjunto de condições necessárias e suficientes para a ocorrência do evento em questão – conjunto delimitado, se possível, por critérios *internos à ciência*), poderemos sempre nos perguntar: (i) o que devemos fazer para controlar a magnitude dos riscos de erro associados a tal concepção; e (ii) como devemos alocá-los entre os indivíduos efetiva e potencialmente envolvidos nos diversos casos¹.

No trabalho clássico de Hart e Honoré², por exemplo, a diferenciação entre “causas” e meras “condições” é feita recorrendo-se às diferenças entre o que seria e não seria “normal” em uma situação típica, e entre o que seria e não seria uma “ação humana voluntária”. Uma outra fonte de inspiração para um critério alternativo de seleção da causa de um evento do conjunto de suas condições necessárias e suficientes (e/ou de fatores que contribuem para a sua ocorrência) vem de Ronald Coase³, e da ideia de que tal seleção deverá dar-se de modo a fazer recair a responsabilidade sobre quem pode evitar o dano ao menor custo (com vistas a maximizar a eficiência econômica na presença de custos de transação não desprezíveis). Em qualquer hipótese, a aplicação do critério de seleção a um caso concreto gera riscos de erros (além do já presente na delimitação prévia do conjunto das condições necessárias e suficientes e/ou dos fatores que contribuem para o evento) que deverão ser então racional e legitimamente enfrentados e alocados pelo Direito.

Não obstante, pode ser conveniente identificar, dada uma concepção teórica específica de causalidade, diferentes *tipos* de causa em função de suas – tipicamente – diferentes implicações para a imputação de responsabilidade jurídica e o tratamento dos problemas mencionados na seção precedente. Particularmente, é desejável a separação dos casos em que a responsabilização de uma pessoa X ocorrer quando o julgador verificar que um dado comportamento de X “causou” um efeito relevante, daqueles em

que a responsabilização de X ocorrer quando se provar que o seu comportamento “poderá causar” um tal efeito. A diferenciação entre esses dois tipos de causa traz à superfície uma importante diferença estrutural entre os juízos necessários para a verificação da correspondente relação. No primeiro caso, a constatação, pelo julgador, da presença do efeito relevante *no passado* (normalmente, um “dano” a outrem) é uma condição necessária para a imputação de responsabilidade, enquanto que, no outro, não se vê essa condição: o olhar do julgador deverá agora operar sob uma restrição – ou ficção – metodológica, voltando-se, em tempo lógico, para o *futuro*, e não mais para o passado.

Mesmo que o dano já tenha ocorrido no momento da decisão, caberá ao julgador posicionar-se, imaginadamente, no instante em que X adotou o comportamento, indagando-se, *prospectivamente*, a respeito do seu “potencial” de produzir o dano futuramente. O juízo de conhecimento prévio à imputação, com isso, tem a sua natureza modificada, pois incluirá, necessariamente, a formulação contrafática de uma *prognose* sobre a existência da relação de determinação entre o comportamento e o evento juridicamente qualificado.

A ESTRUTURA DO JUÍZO DE CAUSALIDADE PROSPECTIVA

O Direito brasileiro contém exemplos dessa técnica de responsabilização orientada para o futuro. A peculiaridade metodológica que a define inspirou a sugestão terminológica para o tipo de causa correspondente, a saber: “causalidade prospectiva”. Os exemplos advêm, notadamente, de áreas onde há presença constitutiva de “regulação de riscos”, como é o caso do Direito Ambiental e do Direito Concorrencial. Nesse último, o art. 20 da Lei nº 8.884/94, diz expressamente que os atos que “possam produzir” algum dos “efeitos” descritos nos incisos I-IV do mesmo artigo, caracterizam “infração da ordem econômica”. No Direito Ambiental, dispositivo análogo pode ser encontrado no art. 54, §3º, da Lei nº 9.605/98, que define como crime ambiental “deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível” (ver também, a respeito, o disposto no art. 62, inciso VII, do Decreto nº 6.504/08)⁴.

A associação entre regulação de riscos e causalidade prospectiva não é uma coincidência. A ideia de que cabe ao Estado intervir na liberdade dos

agentes econômicos para prevenir a ocorrência de danos a “bens jurídicos” como meio ambiente, saúde pública ou bem-estar econômico, aproxima a *atuação* do poder público do momento em que essa prevenção ainda seria possível. A responsabilização baseada no *risco* de produção do resultado socialmente indesejável é um mero corolário dessa ideia, que complementa a da prevenção via estratégias de dissuasão pura e simples (como seria o caso, tipicamente, da responsabilidade após-dano, no qual a prevenção viria em consequência do cálculo racional *ex ante* de custos e benefícios esperados, realizado pelo próprio infrator em potencial). Na responsabilização pelo risco, o Estado entra em cena para punir antes de ocorrer o dano e com fundamento exclusivamente na percepção da *verossimilhança* de que o ato investigado o produza, vale dizer, no prognóstico de que o resultado danoso “poderá” vir a acontecer em decorrência do ato em questão.

Na responsabilização pelo risco, logo, o alvo do juízo de conhecimento que prepara a decisão de imputação é, por assim dizer, a “chance” de que A causará B no futuro, e não propriamente uma relação causal. O que se quer saber é se *A possivelmente causará B*, e não se *A causou B*. A “relação de causalidade” que comparece no primeiro juízo exerce aqui um papel diferente do que no segundo, na medida em que, na ausência do resultado, a verdade da proposição afirmada com o primeiro juízo dependerá da verdade de uma proposição que afirme, *em geral*, a existência da relação de possibilidade para eventos da *classe* de A e de B. Isso não se verifica se o que está em jogo é a verdade de uma afirmação do tipo “A causou B”, a qual não requer a verdade de “Eventos Classe-A necessariamente causarão Eventos Classe-B”, nem tampouco de “Eventos Classe-A possivelmente causarão Eventos Classe-B”. Nos juízos de causalidade prospectiva, as afirmações acerca de indivíduos exibem condições de verdade que remetem às de afirmações acerca de classes apropriadamente definidas, e o resultado do processo de individualização será praticamente indistinguível do resultado de um processo de imposição de restrições sobre as condições de pertinência a uma classe mais geral ou de adição de novas premissas a uma inferência não monotônica.

Assim, por exemplo, o julgador que precisar determinar se A possivelmente causará B nas circunstâncias x, y e z do caso concreto, precisará determinar se é ou não verdadeira a proposição “Se A*, x*, y* e z*, então possivel-

mente B*”, com * denotando que se trata de classes de eventos e não de eventos singulares. Novamente, isso não é necessário quando se está diante de um juízo de causalidade retrospectiva, no qual o julgador poderá bastar-se, para os fins de imputação de responsabilidade, com uma “inferência explicativa”. No lugar da “única explicação razoável” ou da “explicação mais razoável” para o evento efetivamente verificado, o juízo de causalidade prospectiva exige, de fato, uma predição, cujo teste de superioridade não poderá prescindir de avaliações comparativas a respeito da plausibilidade de proposições ou “teorias” gerais.

As proposições gerais que servem como premissas para as inferências que articulam os processos de imputação de responsabilidade pelo risco podem ser diferenciadas entre si em função do tipo de relação que estabelecem entre seus “antecedentes” (entre os quais figura o ato investigado) e “consequentes” (i.e., o efeito juridicamente qualificado). Inicialmente, temos o caso-limite da relação determinística entre antecedentes e consequente. Nesse caso, a presença do antecedente garante a do consequente *com certeza*. Trata-se de um caso-limite, de interesse meramente teórico, uma vez que proposições gerais sobre o mundo envolvem sempre *algum grau* de incerteza na conexão entre condições e resultados. Essa incerteza pode ser então descrita em termos *objetivos* ou *subjetivos*, a depender da natureza objetiva ou subjetiva das probabilidades de que se verifique o consequente, dados os antecedentes.

A diferença fundamental entre estes dois casos está em que probabilidades objetivas referem-se a eventos que podem ser concebidos como instâncias de experimentos aleatórios reprodutíveis, sob condições especificáveis, por quaisquer indivíduos, i.e., eventos cuja frequência relativa mantém-se estável quando tais experimentos são repetidos um número suficientemente elevado de vezes. Se isso não vale, altera-se, fundamentalmente, o sentido do juízo de probabilidade, o qual passa a servir para expressar o “grau de confiança” subjetivamente depositado, pelo indivíduo que o enuncia, na verdade de uma proposição – sendo que diferentes indivíduos podem legitimamente atribuir diferentes probabilidades ao mesmo evento. Os limites da subjetividade deixam de incidir sobre a atribuição inicial de probabilidades a um evento e se concentram nos procedimentos de atualização daquelas à luz de novas informações. É precisamente nesse sentido que operaria a “Regra de Bayes” como mecanismo de atualização

de “crenças” subjetivas até o seu eventual compartilhamento intersubjetivo.

Há situações, porém, em que as informações disponíveis são tão precárias ou pouco confiáveis; o nosso estado de conhecimento é tão frágil, que qualquer valor numérico que atribuamos ao nosso grau subjetivo de confiança na verdade de proposições relevantes para nossa orientação será *subjetivamente* arbitrário. Por exemplo, dado o estado de conhecimento sobre a relação entre o meu consumo diário de combustíveis e o aquecimento global, não faz sentido dizer que a probabilidade de que tal consumo aumente o referido efeito seja x ou $y\%$. Ninguém sabe o suficiente a respeito dessa magnitude para estimar um valor numérico que não seja completamente arbitrário. Nesse exemplo, haverá *ignorância* sobre a probabilidade de que, dado o antecedente, siga-se o conseqüente. Isso não significa que nada saibamos acerca da relação entre consumo de combustíveis e aquecimento global, mas que não sabemos o bastante para arriscar a respeito um juízo de probabilidade.

Cada um desses tipos de predição (*certeza, incerteza objetiva e subjetiva e ignorância*) possui condições próprias de justificação e prestação de contas perante terceiros. É claro que há a questão logicamente preliminar de garantir o consenso com relação ao tipo adequado a cada caso concreto, que pode ser difícil de solucionar diante de deficiências e assimetrias de conhecimento eventualmente existentes entre julgadores, partes e observadores externos. A confusão dos tipos entre si está na raiz daquele que talvez seja o mais usual dos erros em decisões judiciais, a saber, a suposição de certeza sob condições de incerteza subjetiva/ignorância. Mas, eu gostaria de deixar essa questão preliminar de lado e me concentrar nas possíveis demandas por razões relativas a cada tipo de predição. São elas que definem os contornos do que poderemos qualificar como erro nas decisões sustentadas sobre cada um dos tipos.

Comum aos quatro tipos de predição é a identificação das conseqüências possíveis associadas a cada comportamento investigado. No caso-limite da predição certa, o conjunto é unitário (vale dizer, seu único elemento é a conseqüência que se segue com certeza do comportamento em questão). Nos outros três casos, no entanto, o conjunto das conseqüências possíveis conterà mais de um elemento, devendo todos eles – ou ao menos todos os relevantes do ponto de vista prático – ser, explicitamente, identificados pelo julgador. A

partir daí, os caminhos de cada tipo separar-se-ão:

- (i) nos casos de incerteza objetiva e subjetiva, o julgador deve recortar o futuro em “estados do mundo” independentes e mutuamente excludentes e definir, no conjunto dos estados recortados, uma distribuição de probabilidades. Sua natureza objetiva ou subjetiva afetará então o dever do julgador ante terceiros no que concerne à justificação das probabilidades atribuídas. O dever de justificação valerá para ambas, mas a espécie de justificativa objetivamente aceitável tenderá a variar em função do tipo. Além disso, deve-se especificar *a* probabilidade – ou intervalo de probabilidades – a partir da qual estar-se-á autorizado a dizer que seria satisfeita a hipótese de incidência juridicamente relevante (em certos casos, o *trigger* pode estar no valor esperado de alguma variável de resultado; por exemplo, o custo social esperado associado ao comportamento);

- (ii) nos casos de ignorância, o ônus argumentativo do julgador, por definição, restringe-se à justificação de uma determinada partição do futuro em estados do mundo independentes e mutuamente excludentes, e ao estabelecimento de uma relação de possível ligação entre o comportamento investigado e os elementos da partição que foi previamente especificada.

ERROS DE DECISÃO E IDEAIS DE ADJUDICAÇÃO

Esses componentes estruturais dos diferentes tipos de predição que acompanham, expressa ou tacitamente, os juízos de causalidade prospectiva na imputação de responsabilidade jurídica são pontos de referência para avaliar a correção dessa imputação nos casos concretos. Eles permitem definir os critérios normativos para o mapeamento de erros no juízo de causalidade e na decisão judicante que nele se sustentar enquanto premissa.

A ideia de que os processos de adjudicação possuem uma função *epistêmica* desempenha, nesse contexto, um papel de pressuposto básico. Essa função se manifesta *in concreto* no tratamento das premissas usadas na justificação de decisões como veículos de *pretensões de verdade e conhecimento*. Esse tratamento se faz sentir, por exemplo, quando cobramos uns dos outros razões objetivas pelas afirmações que fazemos a respeito dos fatos do caso, ou quando nos criticamos pela implausibilidade das razões apresentadas para esses fins. Por detrás dessas cobranças e críticas figura a expectativa normativa de que

processos de adjudicação institucionalizam formas próprias de argumentação que servem para a filtragem dos argumentos intersubjetivamente válidos e a certificação racional das decisões.

O reconhecimento normativo de uma função epistêmica aos processos de adjudicação sugere uma primeira candidata a diretriz para o desenho de regras voltadas a lidar com a possibilidade de *erros decisórios*: “minimize-se o risco do erro”. Esses processos deveriam ser regrados de maneira a minimizar os riscos de que as decisões resultantes sejam incorretas, a saber, os riscos: (i) de que alguém que não era responsável venha a ser responsabilizado (“Erro Tipo I”); e (ii) de que alguém que era de fato responsável não venha a ser responsabilizado (“Erro Tipo II”). A diretriz da minimização do risco dos Erros Tipo I e Tipo II atende, diretamente, ao “ideal da verdade” ou acurácia na atividade de adjudicação. Sua implementação fica usualmente a cargo das normas que regulam a produção e valoração da *prova* no âmbito dessa atividade.

Em geral, o número e os tipos de erro verificados nos procedimentos da adjudicação dependerão: (i) da verdadeira frequência de inocentes e culpados no total de litigantes; (ii) da qualidade das evidências sobre as quais as decisões são tomadas; e (iii) da qualidade da atividade de valoração das provas pelos julgadores⁵. Se assumimos que a qualidade das evidências e de sua valoração não são sistematicamente viesadas, e que os culpados e inocentes estão distribuídos de uma maneira razoavelmente uniforme na população total de litigantes, então os riscos de erro de um dado tipo (e.g., do Tipo I) tenderão a se reduzir quanto mais rigorosos os padrões de prova aplicáveis, i.e., quanto mais elevados os obstáculos que deverão ser superados pelo autor da ação a fim de que a responsabilidade do réu seja considerada como juridicamente provada.

De outro lado, diante das interdependências que marcam as posições de autores e réus no processo, um incremento no grau de rigor do padrão aplicável à prova, e.g., de que X é juridicamente responsável pelo dano sofrido por Y, implica, necessariamente, uma *realocação*, entre as partes, do risco de uma decisão equivocada. Para ilustrar, suponhamos que Y acione X requerendo o pagamento de uma indenização em razão do dano alegadamente sofrido. Para que obtenha um resultado favorável, Y deverá produzir provas suficientes para que o julgador se convença de que a ação é procedente, ou seja, Y deverá

satisfazer o padrão de prova aplicável ao caso (esse padrão poderá ser especificado de forma geral para os casos de um determinado tipo, ou deixado à livre subjetividade de cada julgador). Suponhamos que se exija *certeza* a respeito da relação de causalidade entre um ato de X e a produção do dano sofrido por Y como necessária à responsabilização. Em tal hipótese, qualquer dúvida sobre esse ponto beneficiará X, devendo Y arcar com um risco de uma decisão equivocada que será muito maior que o de X (na verdade, tendo em vista a impossibilidade de se garantir a verdade de uma afirmação sobre o mundo com certeza objetiva, Y apenas não arcará com todo o risco de erro de decisão se o padrão de prova seguir o modelo radical-subjetivista da lâmpada que se acende na mente do julgador ao se sentir convencido da verdade de uma proposição). À medida que o padrão aplicável for baixando e a atribuição de responsabilidade a X for admitindo cada vez mais incerteza, a distribuição do risco de erro entre X e Y irá equalizando-se até o ponto em que venha a se igualar e inverter entre ambos⁶.

Esse exemplo revela que as questões acerca do *quantum* do risco de erros de decisão e da distribuição desse risco entre as partes caminham juntas. A diminuição dos riscos de um tipo de erro tende a incrementar os riscos do outro tipo de erro. A realização do ideal da *verdade* na adjudicação tem consequências para a realização do ideal da *equidade* na adjudicação. O endurecimento das condições de convencimento do julgador com respeito à responsabilização jurídica de X, tendo em vista a diminuição do risco de uma decisão que lhe condene incorretamente, faz a balança dos custos associados a decisões incorretas pender, relativamente, em desfavor de Y, e vice-versa. Daí a relação de mútua influência entre os valores da verdade e equidade na adjudicação, manifestada, primariamente, nas normas vigentes que tratam da produção e valoração da prova.

A regulação jurídica da prova, assim, é o lugar para o qual deveriam confluir reflexões genuinamente *políticas* que mapeiem “preferências sociais” sobre: (i) o *trade off* entre as magnitudes dos diferentes riscos de erros de decisão; e (ii) sua distribuição entre as várias classes de litigantes efetivos e potenciais. Infelizmente, contudo, a questão da prova raramente é apresentada em termos que explicitem essa riqueza de implicações e a importância das decisões que sua solução demanda. Em particular no Brasil, a impressão que se tem das evidências

anedóticas é que o tema da regulação da prova estaria entre os mais negligenciados dos pontos de vista das nossas teorias do Direito e dogmática jurídica. Sua tematização, se e quando ocorre, vem sufocada sob um manto de ideias obscuras, aparentemente tributárias de uma concepção absolutista do “princípio do livre convencimento do julgador”. No Direito Penal, esse estado de coisas seria ainda agravado pela perversa aliança que se formou no país entre bom-mocismo ideológico e malandragem jurídica, unidos em torno da bandeira da probabilidade de erro zero enquanto condição de punibilidade⁷.

Esses déficits de teorização e deliberação política a respeito do tema da prova tornam-se especialmente agudos e preocupantes quando voltamos à questão da responsabilidade pelo risco. Como vimos, a responsabilização pelo risco está baseada na ideia da intervenção estatal para a prevenção de danos. Essa intervenção, por sua vez, se articula por meio de um juízo de causalidade prospectiva que expressa um tipo qualificado de associação entre eventos: a “possibilidade” de que um evento “cause” outro, no futuro. Sejam quais forem o critério e o artifício técnico-jurídico escolhidos para a identificação dos “responsáveis” nesse caso, a estrutura do juízo preparatório para a decisão necessariamente demandará do decisor um posicionamento acerca da verdade de *prognoses* alternativas sobre os efeitos do comportamento investigado. E a necessidade de prever o futuro empurra o decisor para um terreno no qual a imaginação costuma correr solta com a “força de Direito”, e onde os riscos e as oportunidades de erros no processo decisório crescem e se multiplicam de uma forma pouco controlável.

A esperança de que uma maior incorporação de ciência pelo Direito pudesse preencher as lacunas de informação e conhecimento que caracterizam a situação de decisão do juiz nessas situações, é aqui apenas parcialmente justificada⁸. Isso está bem evidenciado nas áreas em que o comércio entre a Ciência e o Direito encontram-se em estágio mais avançado de desenvolvimento, como ocorre com o Direito Ambiental e o Direito de Defesa da Concorrência. A generalização da consciência dos problemas epistemológicos envolvidos, e das suas implicações para a legitimidade das decisões (que têm que ser continuamente tomadas sob tais condições), estão na origem de um movimento de revalorização de *regras* que guiem o julgador *também* durante a fase da instrução processual ou da obtenção das premissas factuais da inferência que conduz à decisão de mérito⁹.

Regras, sobretudo as de fácil compreensão e aplicação, tendem a dessubjetivizar os processos de decisão, e não há razão para excluir dessa tendência os relativos à valoração de provas no Direito. É claro, regras também trazem consigo os conhecidos problemas da sub e sobreinclusividade, mas a crítica que vem dessa direção ignora as diversas limitações que incidem sobre a capacidade dos julgadores de coletar e processar todas as informações necessárias para a tomada da “decisão ótima” em cada caso. Juízes, assim como todos nós, são seres “limitadamente racionais”, para usar a consagrada expressão de Herbert Simon, e é bastante razoável que, sob condições de incerteza ou ignorância, nossa preocupação com o poder de decisores muito imperfeitos supere a preocupação com a liberdade daqueles que já tenham porventura chegado a algo próximo à perfeição.

O PAPEL LEGITIMADOR DAS REGRAS

A ideia por trás do apelo a regras para a definição de parâmetros que possam orientar a produção e a valoração de provas no Direito é relativamente simples. Ela é análoga à ideia usualmente invocada para a defesa da superioridade do “consequencialismo em regras” (*rule consequentialism*) vis-à-vis o “consequencialismo em atos” (*act consequentialism*), qual seja, a ideia de que, em determinadas situações, há boas razões para acreditar que o aplicador das regras tome decisões que, no agregado, sejam piores do que as decisões que seriam tomadas pelo criador das regras.

De fato,

[...] just as under non-ideal circumstances we might believe that real decision-makers making real moral decisions might be better off following broadly reliable heuristics than attempting to engage in particularized optimization, so too might very much the same considerations apply to factual inquiry.”¹⁰

O argumento pode ser ilustrado com o auxílio do gráfico a seguir, que descreve os desempenhos hipotéticos das estratégias de otimização (“maximização local”) e de orientação em regras, do ponto de vista da realização

(“maximização global”) do ideal da “qualidade epistêmica” ou acurácia de um conjunto de dez decisões.

3

CRITÉRIOS OPERACIONAIS PARA DISTINGUIR DOIS TIPOS DE JUSTIFICATIVAS 11

OS FUNDAMENTOS

1. O ARGUMENTO É AUTO-SUFICIENTE E FAZ REFERÊNCIA DIRETAMENTE ÀS IDEIAS QUE REPETITIVAMENTE SUSTENTAM A RAZÃO DE SER DE UMA PRÁTICA SOCIAL INSTITUCIONALIZADA
2. O ARGUMENTO OFERECE UM PONTO DE APOIO PARA O ASSENTIMENTO E INDUZ, EM REGRA GERAL, UM FORTE VALOR DE APROVAÇÃO
3. O ARGUMENTO É CONTEMPORÂNEIO À PRÁTICA (TEM A MESMA LONGEVIDADE)
4. O ARGUMENTO É APLICÁVEL EM TODOS OS LUGARES ONDE A PRÁTICA EXISTE (NÃO REGIONAL)
5. O ARGUMENTO SE APLICA COM A MESMA PERTINÊNCIA A TODAS AS MODALIDADES (VARIEDADES) DA PRÁTICA EM QUESTÃO

OS FATOS JUSTIFICADOS

1. O ARGUMENTO NÃO É AUTO-SUFICIENTE E NÃO FAZ REFERÊNCIA DIRETAMENTE ÀS IDEIAS QUE REPETITIVAMENTE SUSTENTAM A RAZÃO DE SER DE UMA PRÁTICA SOCIAL INSTITUCIONALIZADA (MAS FAZ REFERÊNCIA A OUTROS ESTADOS-DE-COISA-A-CONHECER: CONSEQUÊNCIAS, OPINIÕES ETC.)
2. O ARGUMENTO NÃO OFERECE UM PONTO DE APOIO PARA O ASSENTIMENTO E NÃO INDUZ, EM REGRA GERAL, UM FORTE VALOR DE APROVAÇÃO
3. O ARGUMENTO NÃO É CONTEMPORÂNEIO À PRÁTICA (NÃO TEM A MESMA LONGEVIDADE) E NÃO TEM UM ALCANCE RETROATIVO
4. O ARGUMENTO NÃO É APLICÁVEL EM TODOS OS LUGARES ONDE A PRÁTICA EXISTE (REGIONAL)
5. O ARGUMENTO NÃO SE APLICA COM A MESMA PERTINÊNCIA A TODAS AS MODALIDADES (VARIEDADES) DA PRÁTICA EM QUESTÃO

Nesse exemplo, os círculos representam os escores totais, em termos de “qualidade epistêmica”, alcançados por cada decisão (do conjunto composto por dez decisões) que busca a máxima qualidade epistêmica *on the spot*, ou seja, localmente. O escore global associado à estratégia de decisão consistente na maximização *on the spot* é, nesse exemplo, igual a 45 pontos. Esse valor é inferior aos 56 pontos alcançados pela estratégia alternativa de decisão (cujos escores totais, por decisão, estão indicados pelas cruzes), a saber, a que recomenda decisões que sigam regras de simples aplicação.

A validade desse resultado em geral, para diferentes situações e conjuntos de decisões, ou mesmo na maioria dos casos, exige que as normas com as quais se faz a regulação probatória *induzam*, no agregado, decisões epistemicamente superiores às tomadas a partir da estratégia de maximização local. Isso poderia ocorrer tanto pelas virtudes das regras selecionadas quanto pelos vícios da estratégia alternativa. Em relação aos últimos, poderíamos sem dúvida contar o fato do risco significativo de erros de decisão nas situações de incerteza ou ignorância. Quanto às primeiras, contaríamos,

em abstrato, os menores custos totais de decisão e a maior contribuição para a segurança jurídica das pessoas direta e indiretamente afetadas. O problema, concretamente, surge no plano da avaliação comparativa: (i) das diminuições das probabilidades dos erros Tipo I e Tipo II associadas a cada estratégia; e, conseqüentemente, (ii) de seus respectivos desempenhos globais. Excluindo hipóteses extremas de regras *prima facie* irracionais e de julgadores incorrigivelmente incompetentes, é difícil até imaginar testes empíricos que nos permitam realizar a requerida avaliação comparativa com alguma confiabilidade. O mais plausível é crer que tenhamos que conviver com um estado de ignorância a respeito de qual seria a melhor estratégia da perspectiva consequencialista e confiarmos essa escolha a critérios normativos distintos e complementares.

A determinação do “ponto ótimo” para a regulação – por meio de regras – das atividades de produção e valoração de provas no Direito não é instrumental apenas ao cumprimento da função epistêmica da adjudicação. Além disso, como visto anteriormente, trata-se igualmente do cuidado com a justa alocação dos riscos de erros de decisão entre as pessoas afetadas. Quanto mais estrita for a relação de reciprocidade entre as posições dos litigantes em um processo, mais o problema da minimização dos riscos de erro será *parasitário* do problema distributivo, na medida em que a redução de um dos tipos de erro implicará um aumento do outro tipo, *em prejuízo* de uma das partes do litígio. Quanto mais a interação entre estas últimas se aproxima de um jogo de soma zero, mais a decisão alocativa determina, *ceteris paribus* a quantidade do risco do erro e o seu tipo. Nesse sentido, a escolha de política jurídica acerca da distribuição dos riscos de erro entre as diferentes classes de litigantes deve **preceder** a do desenho dos mecanismos institucionais que lidarão com o problema da sua minimização.

No Direito norte-americano, por exemplo, as discussões sobre a questão do padrão de prova (*standard of proof* ou *burden of persuasion*) parecem refletir precisamente essa preocupação¹². Na distinção entre os padrões do *beyond reasonable doubt*, *clear and convincing evidence*, e *preponderance of the evidence*, acham-se explicitamente compreendidas as diferentes opções políticas adotadas sobre como o risco de decisões equivocadas deverá alocar-se entre as partes por classe de litígio. Em particular, a parte que toca ao réu no

risco total de erro é crescente no caminho do primeiro ao terceiro dos padrões de prova mencionados. A gradação é coerente com um perfil de preferências políticas que responde, predominantemente, à espécie de sanção a que o réu está sujeito no processo, com a quantidade mínima de risco lhe sendo alocada quando enfrenta a possibilidade de sanção criminal. Nos casos de responsabilização civil, e a menos que *particularly important individual interests are at stake*, será o padrão do *preponderance of the evidence* que entrará em cena com uma *roughly equal allocation of the risk of error between litigants*¹³.

A menção explícita ao efeito distributivo associado à escolha do padrão de prova pela Suprema Corte (com o adendo de que qualquer outro *standard expresses a preference for one side's interests*) é revelador da ampla conscientização sobre a existência de uma correspondência entre padrões de prova e de distribuição dos riscos de erro na atribuição de responsabilidade jurídica. O padrão de distribuição figura como o resultado esperado das regras que definem os padrões de prova. Mas, o resultado deve ser diferenciado do suporte fático da norma que visa a sua produção. A regra do *beyond reasonable doubt*, por exemplo, estabelece que a condenação penal de alguém somente poderá ocorrer se sua culpabilidade tiver restado provada “acima de qualquer dúvida razoável”, retirando do réu, com isso, parcela substancial do risco de uma decisão equivocada. Esse efeito normativamente desejado nada diz, no entanto, acerca do significado da regra ou da forma como deve ser operacionalizada (e.g., por um júri) no processo de aplicação.

No texto citado¹⁴, Michael Pardo introduz, para falar da solução desse problema de operacionalização, a noção de “regras de prova de segunda ordem”, que regulam como as regras de primeira ordem devem ser aplicadas. Pardo recomenda, para o caso americano, o abandono das regras de prova de segunda ordem do tipo *probabilístico* em favor das do tipo *explicatório*. No primeiro caso, o padrão de prova é identificado à máxima probabilidade de erro que poderia ser tolerada em vista das possíveis consequências para o réu (e.g., 10% nas hipóteses de imposição de uma sanção penal); no segundo, o modelo provém da ideia de “inferência para a melhor explicação”: “propositions are considered proven or not based on how well they explain the evidence and events under dispute”. De acordo com esse modelo, a regra de prova do *beyond reasonable doubt* significa que um fato F seria considerado provado

se: (i) existir uma explicação plausível que inclua F para as evidências presentes nos autos; e (ii) não existir uma explicação plausível para essas evidências que não o inclua. Por sua vez, F seria considerado provado segundo a regra de prova do *preponderance of the evidence* se a melhor explicação para as evidências disponíveis nos autos incluir F.

Nesse contexto, deve nos interessar tanto a discussão dos modelos para a construção de regras de prova de segunda ordem quanto a imagem de uma cadeia vertical de regras que disciplina a produção e a valoração de provas nos processos de adjudicação. Com relação ao primeiro ponto, a concepção “explanatória” das regras de segunda ordem parece difícil de compatibilizar com a estrutura do juízo que acompanha os casos de responsabilidade pelo risco. Nesses, com efeito, o objetivo do processo de instrução é coletar informações que autorizem um *prognóstico*, i.e., uma proposição que afirma a possibilidade de que aconteça algo que ainda não aconteceu. A relação entre evidências disponíveis e proposição a ser provada não tem portanto, a natureza de uma explicação. A proposição não tem por escopo “acomodar-se” aos fatos e evidências previamente coletados, mas prever fatos futuros cuja eventual comprovação requer o acesso a evidências que não estão, e possivelmente não estarão disponíveis ao longo do processo para o julgador ou as partes (na predição, a hipótese, ainda que seja baseada em evidências previamente disponíveis, terá sido, por definição, formulada antes da obtenção das evidências que a confirmarão ou a falsificarão empiricamente).

É então em virtude dessa referência ao futuro que, nas predições acerca da ocorrência de um fato F, a remissão à *possibilidade* de que F ocorra já comparece necessariamente no corpo da proposição afirmada. Nesse sentido, o conteúdo semântico atribuído a *ambas* as prognoses: “F ocorrerá, se x”, e “F não ocorrerá, se x”, incluirá, implicitamente, a remissão à possibilidade (e.g., a uma probabilidade p tal que $p > 0$) de que F ocorra *bem como* à possibilidade de que F não ocorra (nas explicações, isso não pode ser observado, pois o fato a ser explicado, e os fatos que o explicam, já ocorreram no passado). Daí se conclui que, para a prova do fato de que x “pode causar” y, dever-se-á superar a questão do “grau de possibilidade” *a partir do qual* o fato contará como tendo se verificado. A “ideia probabilística”, assim, é, em um sentido informal e bastante elementar, *integrante* do desenho de regras para a prova

da possibilidade de que x “cause” y, na medida em que ela comparece, implicitamente pelo menos, na própria interpretação do antecedente da norma que determina o fato a ser provado¹⁵. Por exemplo, pode-se ter que a sentença “o ato x pode produzir o dano y” será considerada como verdadeira se for “muito verossímil” que, dado x, siga-se y. Nesse caso, estar-se-á admitindo que o autor de x poderá ser responsabilizado mesmo diante de uma “pequena chance” de que y efetivamente não se constate após a ocorrência de x.

O *risco de erro* de decisão poderia ser *posteriormente* incorporado a esse quadro como indicador para o padrão de prova aplicável ao caso, e.g., como *probabilidade máxima de erro* juridicamente admissível para o juízo que assevera ser “muito verossímil” que, *ceteris paribus*, dado x, siga-se y. Agora, não obstante, o apelo à “ideia probabilística” será opcional, podendo ser preterido em favor de um modelo mais facilmente operacionalizável para a concepção do padrão de prova. A expressão “muito verossímil”, por exemplo, poderia ser interpretada de forma tal a garantir sua verificação nos processos de instrução por meio de argumentos meramente *qualitativos*. E a compreensão do correspondente padrão de prova poderia então migrar, do modelo probabilístico, para algo análogo ao modelo explanatório. A predição P: “x pode produzir y” (i.e., “é muito verossímil que, dado x, siga-se y”), ilustrativamente, poderia considerar-se como provada se inexistir, no conjunto das predições disponíveis sobre o efeito de x, alguma “mais razoável” ou “mais plausível” do que P, com os significados das expressões “mais plausível” e “mais razoável” sendo entendidos em termos qualitativos e endógenos ao jogo retórico dos processos de argumentação no âmbito da adjudicação.

Evidentemente, a transparência e a racionalidade desse jogo continuariam dependentes de cadeias verticais de regras de prova que mantenham as atividades de geração e valoração de provas sob controle intersubjetivo. Mas nada nessa justa demanda impõe uma compreensão estritamente quantitativa do sentido das regras que estabelecem os principais parâmetros dos processos probatórios: os padrões de prova aplicáveis a cada categoria de caso. Se há algo a reter da proposta de uma ampla “virada institucional” na teoria do Direito, é o fato de que o recurso a “heurísticas” ou regras simples de decisão é fundamental para a racionalidade dos processos de aplicação do Direito tendo em conta as vastas incompletudes informacionais e imperfeições cognitivas que caracterizam as

correspondentes situações de decisão. Em tais condições, é indispensável inventar e institucionalizar estratégias de simplificação para lidar, *controladamente*, com as perguntas difíceis que o Direito é constantemente chamado a responder nos litígios particulares.

A *legitimidade* dessas regras, contudo, não é algo que se alcance tecnicamente com os meios da dogmática jurídica ou de alguma disciplina científica tematicamente relevante. O terreno onde se resolve o problema da legitimidade não é o da Técnica e da Ciência, mas o da Política. Não se trata de eleger os meios mais adequados para a realização de fins predefinidos, mas sim de definir os fins que são dignos de compartilhamento e persecução. Como destacado anteriormente, trata-se de discutir, politicamente, como queremos distribuir, na adjudicação, os riscos de que as decisões sejam equivocadas em uma direção ou em outra. No contexto da responsabilidade jurídica pelo risco, essa discussão verticaliza a discussão mais ampla a respeito da repartição dos mais diversos tipos de risco na sociedade moderna. Os problemas de como definir e alocar riscos na “sociedade de riscos” são políticos *all the way down*.

NOTAS

1 A independência também existe com relação à discussão, no âmbito da teoria social, acerca do caráter comunicativo e socialmente construído do risco que se trata de prevenir e combater por meio da intervenção do Estado (e.g., via regulação de riscos). Minha posição pessoal sobre essa questão é que, de fato, o risco é produto da comunicação social e, portanto, terá localizações contingentes, determinadas de acordo com as estruturas sociais vigentes, mas que isso, contudo, é irrelevante para o encaminhamento e a análise dos problemas da magnitude e da alocação dos riscos de erros de decisão no interior dos processos de aplicação do Direito (em particular, na imputação de responsabilidade pelo risco na adjudicação).

2 HART, H. & HONORÉ, T. *Causation in the Law*, Oxford University Press, 1959.

3 COASE, R. “The Problem of Social Cost”. In: *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.

4 Para Gunther Teubner, essa reorientação da noção de causalidade na regulação de risco é uma tentativa de invisibilização de um processo de erosão das ideias de nexos causal e responsabilização individual, e de avanço na direção de uma responsabilização coletiva independentemente da prévia determinação de uma relação causal entre o ato de um “responsável” e o dano. O presente artigo não entrará nessa discussão, na medida em que coloca a questão da responsabilidade em um nível mais abstrato, desvinculado de concepções particulares acerca da ideia de causalidade. Vide: TEUBNER, G. “The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability”. In: *Cardozo Law Review*, vol. 16, 1994.

5 Cf. LAUDAN, L. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2006, p. 73.

6 Ver PARDO, M. “Second-Order Proof Rules”. In: *Florida Law Review*, vol. 61, 2009.

7 Ver SCHUARTZ, L. F. “Um Novo Olhar Sobre Nosso Sentimento de Impunidade”. In: *Conjuntura Econômica*, Maio, 2009.

8 Ver SCHUARTZ, L. F. “Interdisciplinaridade e Adjudicação. Caminhos e Descaminhos da Ciência no Direito”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 232, 2009.

9 Por exemplo, SCHAUER, F. “In Defense of Rule-Based Evidence Law – And Epistemology Too”. In: *Episteme*, vol. 5, 2008 e PARDO, M. “Second-Order Proof Rules”. In: *Florida Law Review*, 2009.

10 SCHAUER, F. *op. cit.*

11 A figura foi retirada de SCHUARTZ, L. F. “Interdisciplinaridade e Adjudicação. Caminhos e Descaminhos da Ciência no Direito”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 232, 2009.

12 Cf. PARDO, M., *op. cit.*

13 *Grogan v. Garner*, 498 U.S. 279, 286 (1991). In: PARDO, M., *op. cit.*

14 PARDO, M., *op. cit.*

15 Em particular, a resposta à questão acerca do grau de possibilidade a partir do qual uma chance tornar-se-á relevante de um ponto de vista jurídico poderá ser: “Qualquer $p > 0$ ”, ou, no extremo oposto: “Se e somente se $p=1$ ”. Os problemas com esses dois casos, contudo, são óbvios. No primeiro, o réu pode ser sempre responsabilizado, ao passo que, no segundo, a punição nunca ocorrerá. Talvez, mesmo o mais radical defensor do “princípio da precaução” não possa evitar imaginar-se uma chance significativamente maior do que zero ao invocar esse princípio para exigir a responsabilização de um agente X pelo risco de que cause um dano. Isso, porém, não é estritamente necessário, pois a restrição no conjunto das pessoas responsabilizáveis pelo risco do dano pode ser obtida com a exigência de que o ato de X contribua significativamente para a produção de um dano substancial. Essa dupla qualificação pode restringir a população dos “potencialmente responsáveis” e preservar espaços para a responsabilização de X mesmo com base em p 's “próximos” de zero. Note-se ainda que o que se está denominando, nesse contexto, de “ideia probabilística”, refere-se a qualquer “escala” (ordinal ou cardinal, formal ou informal) para a representação da “chance” de que, dado um evento, siga-se outro, no futuro. No exemplo apresentado logo acima no texto, essa chance vem descrita como mera “verossimilhança”, e poderia ser representada, ilustrativamente, por uma escala contendo somente três valores: “pouco verossímil”, “medianamente verossímil”; e “muito verossímil”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : COASE, R. “The Problem of Social Cost”. In: *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1-44.
- : HART, H. & HONORÉ, T. *Causation in the Law*, Oxford University Press, 1959.
- : LAUDAN, L. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2006.
- : LUHMANN, N., *Soziologie des Risikos*, Walter de Gruyter Verlag, 1991.
- : PARDO, M. “Second-Order Proof Rules”. In: *Florida Law Review*, vol. 61, 2009. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1389865] (acesso em 20.jun.16).
- : SCHAUER, F. “In Defense of Rule-Based Evidence Law – And Epistemology Too”. In: *Episteme*, vol. 5, 2008, p. 295-205.
- : SCHUARTZ, L. F. “Um Novo Olhar Sobre Nosso Sentimento de Impunidade”. In: *Conjuntura Econômica*, Maio, 2009.
- : _____. “Interdisciplinaridade e Adjudicação. Caminhos e Descaminhos da Ciência no Direito”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 232, 2009, p. 133-168.
- : TEUBNER, G. “The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability”. In: *Cardozo Law Review*, vol. 16, 1994

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PRODUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA E SEU CONTROLE JUDICIAL

Pierpaolo Cruz Bottini

O presente trabalho¹ tem o escopo de analisar a produção legislativa penal brasileira no período pós-Constituição de 1988, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, e a possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário. Este estudo não tem o objetivo de realizar um minucioso trabalho de compilação de tipos penais e sanções respectivas, mas sim de apontar alguns traços gerais do processo legislativo e analisar determinadas posturas relacionadas com o princípio mencionado.

A avaliação desta produção sob a ótica da proporcionalidade exige um exame prévio do conteúdo deste princípio, seu *status* normativo e as consequências de sua consagração pelo modelo institucional político e jurídico brasileiro.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A construção dogmática do sistema penal deve partir de uma opção filosófica que assente os seus fundamentos. Trata-se, em última análise, de uma definição política sobre as bases que sustentarão o edifício dogmático, que fundarão os princípios jurídicos basilares. Todo o pensamento dogmático penal ancora os institutos dogmáticos em elementos basilares que conferem sistematicidade e coerência ao sistema apresentado. Assim, os sistemas clássicos se sustentam sobre o conceito metafísico de Justiça, da mesma forma que o neokantismo se fixa sobre os valores culturais, que o positivismo jurídico sobre o texto legal e que o funcionalismo mais radical sobre as expectativas de comportamento necessárias ao funcionamento social.

A adoção do modelo democrático de Direito como fundamento político/jurídico de organização institucional brasileira determina ao menos o marco inicial, sobre o qual se erige o sistema dogmático. Em realidade, a consagração da força normativa constitucional após a Segunda Guerra Mundial coloca o Diploma Magno como elemento basilar e primeiro para a construção do sistema penal.

Nesse sentido, os princípios constitucionais revelam as opções políticas fundantes do sistema dogmático. É evidente que os termos e os conceitos indeterminados do texto constitucional – e sua constante revisão decorrente do caráter possibilista e contingente do método de interpretação das normas² – e seus aspectos muitas vezes conflitantes, conferem um caráter instável e relativo a tais princípios, mas isso não esvazia seu potencial de limitação da operação hermenêutica,³ seja em sentido negativo – a impedir valorações contrárias a seu sentido literal mínimo – seja em sentido positivo – a orientar o desenvolvimento dogmático em prol de sua maior eficácia possível.

Os princípios constitucionais oferecem ao intérprete as pautas para a argumentação válida no campo da aplicação da norma penal. A partir deles serão construídos e materializados os institutos dogmáticos, em uma progressiva concretização de conceitos derivados, até o desenvolvimento último de orientações pragmáticas que solucionem os casos concretos⁴.

O modelo democrático de Direito implica o reconhecimento da dignidade humana como valor político máximo. Essa dignidade é caracterizada pela liberdade de determinação do indivíduo, a ser preservada e promovida por políticas públicas estatais positivas ou negativas, cuja concretização exigirá a construção de pautas de comportamento específicas para os membros da sociedade.

A preservação/promoção da dignidade se faz pelo uso de instrumentos de controle social, públicos ou privados, promocionais ou repressivos, dentre os quais o mais agressivo e solene é o Direito Penal. Agressivo porque, no intuito de preservar a dignidade, usa de meios que a afetam. Solene porque, dada tal peculiaridade, limita-se a incidir sobre o menor número de situações possíveis – ao menos em tese – apenas sobre aquelas insuportáveis à dignidade humana, cujo controle é inviável por outros mecanismos de regulação (Direito Civil, Administrativo etc.).

O Direito Penal, portanto, enquanto instrumento de controle social do Estado Democrático de Direito, está submetido aos seus preceitos, especialmente ao respeito à dignidade, que, em relação de tensão dialética – ou esquizofrênica –, ele mesmo relativiza com o escopo de proteger. Ao aplicar a pena – em especial a pena privativa de liberdade –, o Direito Penal afeta a dignidade do condenado com o intuito de restabelecer a vigência da expectativa de

dignidade dos demais membros da comunidade – e garantir seu funcionamento. Assim, o Direito Penal protege expectativas de dignidade – ou seja, expectativas de disposição de bens jurídicos – pela violação ou relativização dessa mesma dignidade em relação ao réu.

Esse conflito interno jamais será superado, mas pode constituir a base de um sistema dialético se a previsão e aplicação da pena for limitada por preceitos que impeçam a exagerada mitigação da dignidade do réu, afinal, o absoluto desprezo pelos bens jurídicos do condenado pelo Estado afeta a expectativa de validade desses bens e poderá afetar todo o sentido funcional da pena.

Assim, o controle penal para proteção de bens jurídicos relacionados com a dignidade humana está submetido a princípios como a legalidade – que determina previamente os espaços do exercício da liberdade – a subsidiariedade, a fragmentariedade, a lesividade, a utilidade e a necessidade da pena, e a proporcionalidade, entre outros que tensionam o *ius puniendi* em um movimento pendular próprio de um Estado plural e Democrático de Direito.

Dentre esses princípios, a proporcionalidade exerce um importante papel. A proporcionalidade – para o injusto culpável – caracteriza-se como o princípio que qualifica a pena aplicada de acordo com a gravidade do comportamento ou de seu resultado. Sua relação com a dignidade humana é patente porque a aplicação da pena de forma desproporcional determina a restrição exagerada do campo de liberdade e desequilibra a dialética da política criminal em favor de seus aspectos repressivos⁵.

E essa medida de proporcionalidade entre pena e comportamento tem estreita relação com a ideia de finalidade da pena, pois ganha importância na medida em que a dogmática se afasta da preocupação com as funções de prevenção geral negativa ou de prevenção especial da pena. As teorias da prevenção geral negativa e da prevenção especial negam importância vital à proporcionalidade entre fato e pena, preferindo uma proporcionalidade entre “possível repetição do fato” e pena,⁶ ou “capacidade de ressocialização” e pena.

A prevenção geral negativa aponta na pena uma missão de ameaça, logo, sua medida decorre da capacidade de inibir comportamentos desvalorados, nem sempre relacionada com o desvalor do resultado ou do comportamento em seu sentido social. Já a prevenção especial verifica na pena a função de

ressocialização, de forma que sua duração e medida decorrem da capacidade do indivíduo de introjetar valores, distanciando-se também do fato praticado. É certo que também é verificável aqui uma proporcionalidade, mas que não decorre da correlação entre fato (comportamento/resultado) e pena, mas entre outros institutos externos ao injusto penal em si (prevenção geral ou capacidade de ressocialização).

A ideia de proporcionalidade entre injusto e pena tem origem nas concepções retribucionistas da pena, que negam seu caráter utilitário social e fixam sua medida na gravidade do resultado. Assim, a força da proporcionalidade será maior quanto menos utilitarista for a concepção da finalidade da pena, a não ser que se defenda – como o faz Roxin⁷ – uma finalidade preventiva da pena que seja limitada pela culpabilidade, conceito que carregaria a proporcionalidade em seu âmago.

Há, portanto, uma espécie de antagonismo entre função preventiva da pena e princípio da proporcionalidade – ou bem este fundamenta teorias absolutas da pena, ou bem é apontado como elemento de contenção dos propósitos preventivos. Esse caráter de contenção torna-se evidente quando se verifica que a retomada recente do princípio da proporcionalidade surge justamente no campo das medidas de segurança, como instituto de restrição de tais instrumentos nitidamente preventivos, sobre os quais não pesa o limite da culpabilidade – que no campo da pena pode imprimir certos limites atinentes à proporcionalidade⁸ – e que carecem de mecanismos principiológicos para conter o arbítrio na decisão sobre a intensidade da atuação estatal sobre o indivíduo.

Por outro lado, essa contraposição das teorias preventivas da pena com a proporcionalidade é atenuada quando se trata da teoria da prevenção geral positiva. Com efeito, a prevenção geral positiva vê na pena um elemento de consolidação de valores e expectativas, e essa introjeção de valores seria mais difícil sem o caráter didático da proporcionalidade entre fato e pena, como mais adiante explicitado.⁹ Assim, pode-se concluir que a proporcionalidade convive de forma harmônica com essa teoria da pena, da mesma forma que o faz com as teorias absolutas e com a teoria preventiva limitada de Roxin.

Ocorre que mesmo nesse campo em que a teoria da pena convive com a proporcionalidade, não existem critérios claros sobre os parâmetros para

sua aplicação. A eterna dicotomia do injusto entre desvalor da conduta e desvalor do fato afeta os critérios para a medição da proporcionalidade: a pena estará relacionada à gravidade do resultado ou ao tamanho da falha na concepção ética do agente revelada pela conduta direcionada a esse resultado?¹⁰ E o próprio definimento das bases ontológicas da conduta e dos resultados a ela atribuíveis dificulta o estabelecimento apriorístico de parâmetros de proporcionalidade¹¹.

Mas, ainda que não seja possível formatar com precisão os parâmetros da proporcionalidade, que dependerão dos elementos que caracterizam determinada sociedade, em determinado momento histórico, é importante frisar o papel que esse princípio desempenha no Estado de Direito e suas principais consequências.

A função da pena – a nosso ver – é a estabilização de expectativas de comportamentos, sobre a qual se sustenta a segurança – ou a sensação de segurança – sobre a conduta do outro. Evidente que a pena não visa assegurar expectativas sobre quaisquer comportamentos, mas apenas aqueles importantes para o funcionamento da sociedade, e, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, aquelas que constituem o âmbito de liberdade do indivíduo e as condições necessárias para seu exercício.

Nesse sentido, a pena não tem o escopo de ameaçar – prevenção geral negativa –, mas de criar na comunidade a expectativa de que determinados valores/bens são objeto de proteção e, por isso, os demais abster-se-ão da prática de comportamentos que possam afetá-los.¹² Isso não significa o fim desses comportamentos, mas a finalidade restará alcançada se consolidar a sensação de segurança almejada – não em um sentido estritamente simbólico passageiro, mas decorrente da constatação da real e útil proteção de tais bens no transcorrer do tempo.

Essa expectativa será alcançada – no Estado Democrático de Direito – se a aplicação da pena mostrar a preocupação com a dignidade do apenado. O exagero, a violência excessiva, o exacerbamento na aplicação da pena, ao contrário de fortalecer o sentimento de segurança social, acabam por mitigá-lo, vez que se constata plasticamente que o próprio Poder Público afronta expressamente a dignidade daqueles submetidos a seu controle. Do contrário, a aplicação da pena com respeito à autonomia, com escopo de oferecer novas

oportunidades de convívio social, acaba por restabelecer a sensação de estabilidade, de respeito aos valores mesmo diante daquele que afetou bens tutelados pelo Direito Penal.

Assim, a ideia de proporcionalidade não decorre de um imperativo absoluto, carente de justificação, imposto pela racionalidade ao legislador, mas como um elemento de política criminal – estabelecido por um consenso intersubjetivo no texto constitucional – importante para conferir estabilidade às expectativas necessárias ao funcionamento da sociedade, em especial no modelo democrático de Direito.

A proporcionalidade atua em três momentos distintos. Em primeiro lugar, no plano da previsão abstrata. No momento da criação do tipo penal, cabe ao legislador avaliar a importância do bem jurídico protegido, o desvalor social do comportamento, a intensidade da lesão ou do perigo, e apontar a pena cabível, que guarde relação de proporcionalidade com o crime e com as penas atribuídas a outros comportamentos previstos no ordenamento. A eficácia da prevenção positiva depende da compreensão social das ponderações de valores, comportamentos e penas, que conformem um sistema harmônico e lógico, que faça sentido para o cidadão comum.

No segundo plano, a proporcionalidade tem vigência na aplicação concreta da pena, diante da constatação do injusto culpável e punível. Os parâmetros do método trifásico, com base no disposto no art. 59 do CP, revelam a preocupação do próprio legislador com a proporcionalidade nessa fase.

Por fim, mostra-se importante o recurso à proporcionalidade na execução da pena. Em primeiro lugar, em relação ao ato praticado, de forma que mesmo a total falta de vontade ou capacidade de ressocialização não legitimará uma extensão de pena maior que a culpabilidade revelada na fixação da pena concreta. Em segundo lugar, em relação à capacidade de reinserção social, que – ainda que não justifique uma pena maior – pode abrandar ou diminuir a execução da sanção pela concessão de inúmeros benefícios, como a progressão de regime, o livramento condicional ou a remição.

O objeto de presente estudo é a análise da observância do princípio da proporcionalidade no plano abstrato, no momento de elaboração legislativa da norma que origina o dever geral de conduta e a possibilidade de controle judicial dessa observância.

PRODUÇÃO LEGISLATIVA E SOCIEDADE DE RISCO

A análise da produção legislativa brasileira sob a ótica da proporcionalidade exige a contextualização da forma de produção dos diferentes discursos sociais que impactam na formulação da política criminal e a avaliação das técnicas legislativas mais frequentemente utilizadas para transformar tais discussões em textos legais com preceitos primários e secundários, estes últimos revelados como objeto de medição da proporcionalidade.

Em regra, não se pode dizer que haja em um Estado de Direito uma estratégia única de política criminal. A própria pluralidade dos discursos e interesses, bem como as distintas concepções normativas, acabam por conceber diversas linhas de atuação política criminal, concretizadas em distintos setores de consolidação de políticas públicas. Assim, o legislador sistematiza e desenvolve diretrizes de política criminal, buscando um consenso nem sempre possível na heterogeneidade dos interesses e setores representados no parlamento, ao mesmo tempo que é possível a concepção de diretrizes distintas pelos órgãos do Poder Executivo, cujas decisões estratégicas passam por outras esferas de debate, que, por sua vez, podem ser substancialmente diferentes da concepção judicial ou com os ideais acadêmicos de política criminal.

Essa heterogeneidade complexifica a compreensão dos rumos da política criminal em uma sociedade plural, mas, ao mesmo tempo, enriquece o debate e permite a construção de soluções democráticas para o enfrentamento daqueles comportamentos identificados como contrários às expectativas de autodeterminação no Estado Democrático de Direito.

É sob esse aspecto de interatividade entre os setores responsáveis pelo desenvolvimento de políticas criminais e sob a ótica de um sistema penal construído com o objetivo (entre outros) de estabilizar expectativas de respeito à dignidade humana que passamos a avaliar as estratégias de construção e interpretação das normas e princípios penais na atualidade.

O desenvolvimento da política criminal e a formulação de propostas para o aprimoramento da produção legislativa, dos institutos dogmáticos e da execução da pena são profundamente influenciados pelas transformações econômicas e sociais. A dinâmica das transformações na sociedade contemporânea, com a superação cotidiana de paradigmas, e a apresentação de novi-

dades tecnológicas que colocam em novo patamar as relações sociais impactam a formatação do sistema penal. O inédito sempre carrega a incerteza, e a intensa frequência desse inédito torna a incerteza um elemento do cotidiano, acarretando uma crise de sentido nos discursos que sustentam a construção dos rumos da política criminal.

Pode-se dizer que essa incerteza advém do risco oriundo das transformações sociais. A rapidez das mudanças e da criação de novas tecnologias, de novos âmbitos de organização, traz consigo uma sensação de exposição de bens jurídicos a um risco maior, nunca antes imaginado – ainda que seja apenas um sentimento que não decorre necessariamente do real grau de perigo ao qual são submetidos os bens.

O grande paradigma que surge é: qual o grau de risco – ou de sensação de risco – que a sociedade está disposta a aceitar para usufruir das benesses das transformações e evoluções tecnológicas? Em outras palavras, qual o patamar de risco permitido e não permitido e quais os mecanismos de controle existentes para conter a velocidade da transformação social?

Vive-se em um paradoxo do risco, definido como uma espécie de esquizofrenia estrutural da sociedade de consumo, em que os discursos sobre o conceito do risco permitido e não permitido colapsam em antagonismos insuperáveis. Vive-se em uma sociedade dependente das evoluções tecnológicas, ansiosa por novos insumos e produtos, em que o modelo econômico é sustentado sobre a criação incessante do novo – a criação do novo é necessária para sobreviver à livre concorrência. No entanto, os riscos inerentes a esse mesmo novo – ou o desconhecimento sobre os efeitos maléficos que podem advir desse novo – fomentam uma sensação inédita de insegurança, que resulta paradoxalmente na radicalização de discursos pela diminuição na intensidade de novidades até que seja restabelecido um patamar de segurança¹³.

Aqui reside o paradoxo: a sociedade de consumo depende estruturalmente da massificação de técnicas e produtos inéditos cujos riscos inerentes são completa ou parcialmente desconhecidos (celulares, ondas de rádio, micro-ondas, alimentos transgênicos, queima de combustíveis), mas ao mesmo tempo rechaça os riscos inerentes dessa massificação em decorrência de uma sensação de insegurança sempre reforçada pelas eventuais concretizações de suspeitas catastróficas, como a descoberta dos efeitos colaterais graves decorrentes do uso de determinados

medicamentos, ou os desastres ambientais relacionados a novas tecnologias de produção agrícola. O inédito é, ao mesmo tempo, desejado e temido.

Esse sentimento contraditório e complexo que resulta da dependência estrutural e psicológica do novo em contraste com a sensação de temor diante desse mesmo novo, e dos riscos que supostamente o envolvem, conforma o paradoxo que envolve as relações sociais e a produção legislativa penal¹⁴.

A consolidação desse paradoxo turba as expectativas de comportamento asseguradas pelas construções normativas. Ainda que o risco decorrente das novidades não seja necessariamente real ou concreto, a falta de instrumentos para a caracterização dos efeitos possíveis do novo cria a sensação de insegurança que abala as expectativas de preservação de bens e de livre desenvolvimento humano. Não é o perigo constatado que determina a ansiedade social, mas a obscuridade do risco incerto presente nos produtos de uso mais cotidiano. É dessa ignorância que nasce o paradoxo, pois se teme aquilo que se tem como imprescindível.

Esse sentimento de insegurança é intensificado pela democratização dos riscos contemporâneos.¹⁵ Os possíveis ou imaginados danos relacionados aos novos produtos não respeitam fronteiras geográficas, sociais ou classes econômicas. O desequilíbrio ecológico, a contaminação do ar, o aquecimento global, o desastre nuclear, ainda que afetem de maneira mais intensa as camadas sociais menos abastadas, também agridem os próprios agentes produtores do risco, revelando uma abrangência mais ampla da lesão possível.

A intensificação da sensação de insegurança, pela democratização dos riscos e pela distorção em sua percepção, acirra o discurso pela restrição de atividades arriscadas que, ao mesmo tempo, são imprescindíveis para o desenvolvimento econômico dentro do atual modelo de livre concorrência. A expectativa econômica de inovação, que faz funcionar o sistema atual de produção e consumo, abala a expectativa de segurança e coloca em crise a estrutura desse mesmo modelo. Esse embate discursivo antagônico, paradoxal e auto-fágico tem consequências em todos os níveis de organização social, com potencial para desestruturar sua base estável e abalar os mecanismos de controle normativo, dentre os quais a produção legislativa.

Como ensina Eros Grau, o modelo de organização econômica determina e informa o Direito, mas este, como esfera receptiva de outros discursos sociais,

também reflete suas pretensões sobre o modo de produção¹⁶. Essa tensão dialética intensifica-se ao máximo diante do paradoxo do risco, que apresenta posições opostas e inconciliáveis. Ao mesmo tempo que o modelo econômico tem no risco seu elemento estrutural nuclear, forma-se na sociedade um consenso intersubjetivo de rechaço a esse mesmo elemento, que unifica conjuntamente as diferentes classes sociais.

A fonte primária da norma, o Legislativo, será a arena nuclear da disputa discursiva pela determinação do risco permitido, levada a cabo por setores econômicos e sociais aptos a impactar o modelo institucional de regulação das atividades produtivas e a falta de consenso sobre o risco tolerado dentro desses mesmo setores afetará a produção legislativa, tornando-a dúbia e contraditória.

TÉCNICA LEGISLATIVA E PROPORCIONALIDADE

A produção legislativa penal¹⁷ pós-Constituição Federal de 1988 revela a perplexidade do legislador diante das novas situações de risco e a tentativa de superar a insegurança pela criação de tipos penais que abarquem os comportamentos intoleráveis ou que pelo menos simbolizem uma resposta aos discursos desesperados por seu controle¹⁸.

A dificuldade técnica de compreender os novos riscos e separar o realmente perigoso do inócuo resulta na proibição de tudo o que não seja certamente seguro. O princípio da precaução ingressa na seara penal¹⁹. Como aponta Serrano:

O sistema político não pode combater o medo da catástrofe, está estruturalmente limitado neste ponto. Portanto, a única forma de atuação que lhe resta é combater o objeto do medo. Isto introduz um desvio negativo a toda gestão pública de riscos, convertendo-a numa política de proibições e restrições, de sanções e limitações.²⁰

O incremento da sensação de risco por parte da população – que decorre menos da quantidade de risco real e mais das características já referidas dos riscos contemporâneos – e a consolidação dos discursos pela restrição de

atividades relacionadas a esse risco impacta a produção legislativa e acarreta a expansão de mecanismos para seu controle. Na seara penal, percebe-se uma ampliação dos campos de interesse de atuação legislativa, um crescimento do âmbito de incidência normativa.

A análise das transformações legislativas após a promulgação da Constituição de 1988 revela uma expansão do Direito Penal, seja pela criação de novos tipos penais (Lei do preconceito racial – Lei nº 7.716/1989, Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990, crimes contra a ordem tributária – Lei nº 8.137/1990, crimes contra a ordem econômica – Lei nº 8.176/1991, Lei do crime organizado – Lei nº 9.034/1995, Lei de crimes ambientais – Lei nº 9.605/1998 e de lavagem de dinheiro – Lei nº 9.613/1998, alterações no Código Brasileiro de Trânsito – Lei nº 11.705/2008, a Lei nº 11.923/2009, que regulamenta a punição do sequestro relâmpago), seja pela ampliação das medidas processuais constritivas (Regulamentação da prisão temporária – Lei nº 7.960/1989), ou pela intensificação das penas e do modo de sua execução (Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/1990, entre outras)²¹.

Não por acaso, quase todas as leis criadas no período geram novos tipos penais ou aumentam penas existentes, ainda que algumas inflexões pequenas sejam notadas, como a Lei nº 9.714/1998, que consolidou as penas alternativas à prisão, a Lei nº 11.343/2006, que afasta a pena de prisão para os casos de uso de drogas, ou da Lei nº 11.983/2009, que revoga o art. 60 do Dec.-Lei nº 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais), que apontava como contravenção a mendicância, entre outros exemplos.

Essa expansão do Direito Penal – muitas vezes determinada pela necessidade de responder imediatamente a processos de radicalização da insegurança social e rechaço aos riscos – leva à produção de tipos penais meramente simbólicos, ou seja, à criação de figuras penais atécnicas, desprovidas de elementos de razoabilidade, que mais comprometem a estrutura do sistema penal do que contribuem para seu aparente fortalecimento. O açodamento na construção de tipos delitivos muitas vezes compromete os parâmetros de proporcionalidade exigidos para um sistema eficiente.

Ainda que seja difícil – ou mesmo impossível²² – estabelecer critérios para a proporção absoluta entre crime e pena, é possível estabelecer critérios gerais relativos que ao menos tornem coerente o ordenamento do ponto de

vista da proporcionalidade. Essa coerência – ao menos dentro do Estado Democrático de Direito que se pauta pela proteção das expectativas de dignidade – exige a intensificação da pena quanto mais importante for o bem jurídico tutelado, quanto mais próxima a lesão a esse mesmo bem e quanto mais reprovável o elemento subjetivo da conduta.

Dessa forma, os crimes de perigo abstrato devem apresentar pena mais branda do que os crimes de lesão; os crimes que afetam bens mais relevantes – como a vida ou a liberdade sexual – devem acarretar consequências mais rigorosas do que aqueles que lesionem ou coloquem em risco bens menos relevantes ou mais distantes da afetação individual, bem como os delitos culposos devem ser reprimidos com sanções mais leves do que os dolosos.

No entanto, são vários os dispositivos que vão de encontro a tal sistemática na legislação brasileira. É o caso da Lei nº 11.705/2008, que altera a redação do tipo penal de embriaguez ao volante, que não parece respeitar o princípio da proporcionalidade. A redação antiga do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro descrevia tal delito como “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, ou seja, exigia expressamente a constatação da periculosidade da conduta, do dano potencial, caracterizando-se como um delito de perigo abstrato-concreto²³.

A nova redação dispõe o crime como “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer substância psicoativa que determine dependência.”

A exclusão da menção à potencialidade perigosa do comportamento e sua substituição pela mera constatação do teor de álcool no sangue do motorista transforma o tipo em crime de mera conduta. No entanto, a pena prevista é exatamente igual à anterior – detenção de seis meses a três anos²⁴.

Ademais, é de se destacar que a pena prevista para a embriaguez ao volante é maior do que aquela prevista para alguns crimes de resultado lesivo cujos bens são até mais importantes do que a organização do trânsito, como o crime de privar criança ou adolescente de sua liberdade (art. 230 da Lei nº 8.069/1990: “privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita

da autoridade judiciária competente”, – detenção de seis meses a dois anos), ou de constrangimento ilegal (art. 146 do CP: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite ou a fazer o que ela não manda” – detenção de três meses a um ano).

As Leis nº 12.012/2009 e 11.466/2007, por sua vez, estabelecem a pena de três meses a um ano àquele que faz ingressar ou promove/facilita o ingresso de aparelho celular em estabelecimento prisional e ao diretor da penitenciária ou ao agente público que deixar de vedar o acesso do preso a aparelho telefônico. Ainda que a pena seja similar a outros atos preparatórios puníveis, como a emissão de títulos ao portador sem autorização legal (art. 292, CP)²⁵, não parece que guarde proporcionalidade – em gravidade ou desvalor – com o constrangimento ilegal – supramencionado – que afeta diretamente a liberdade do indivíduo.

Já a Lei nº 11.923/2009, que alterou o Código Penal para criar a figura típica do sequestro relâmpago (art. 158, § 3.º, do CP: “Se o crime [de constrangimento ilegal] é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica”) também revela uma profunda falta de compromisso com a proporcionalidade. Como bem aponta Gomes, não há racionalidade em punir com pena de seis a doze anos a privação de liberdade com finalidade de obtenção de vantagem econômica, e com pena de dois a oito anos a lesão corporal que resulte em incapacidade permanente para o trabalho, perda de membro ou deformidade permanente (art. 129, § 2.º, IV, CP), ou em punir esse “sequestro relâmpago” com a mesma pena mínima do que o homicídio – seis anos (art. 121, CP)²⁶.

Da mesma forma, afronta a proporcionalidade a Lei nº 10.695/2003, que alterou o art. 184 do CP para fixar a pena do crime de violação de Direitos autorais com o intuito de lucro em dois a quatro anos, cuja sanção mínima é idêntica à do homicídio tentado ou do infanticídio²⁷.

Por fim – sem que os exemplos encerrem o vasto elenco de problemas legislativos referentes à proporcionalidade –, também no que se refere ao crime de receptação (art. 180, CP) há problemas de proporcionalidade. O tipo penal simples de receptação: “Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime,

ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte” tem pena de um a quatro anos de reclusão, ao passo que a receptação qualificada (art. 180, § 1.º, CP)²⁸ – que se diferencia da simples pelo uso comercial ou industrial do objeto recebido e pela possibilidade de ser praticada com dolo eventual – acarreta pena de três a oito anos de reclusão.

Ora, não se justifica pena tão exacerbada, ainda mais quando na forma simples de receptação há dolo direto – o agente precisa saber que a coisa é produto de crime – enquanto que na forma qualificada basta o dolo eventual – que ele “deva saber” que a coisa tem origem criminosa²⁹.

Mas, não apenas o açoitamento na criação de tipos penais afeta a proporcionalidade. Outros aspectos da produção legislativa decorrentes da nova formatação social contribuem para macular esse mesmo princípio.

O caráter inédito dos novos riscos exigiu do legislador o uso de técnicas peculiares na elaboração típica – especialmente quando se propõe a regular esferas específicas de risco, como é o caso da circulação de veículos ou dos experimentos genéticos –, que também tem impacto na preservação da proporcionalidade. A dificuldade em distinguir os comportamentos arriscados dos inócuos nessas searas e o potencial perigo inerente a determinadas condutas leva à antecipação da tutela penal e ao uso da técnica dos crimes de perigo abstrato.

Nesse sentido, a tônica da legislação pós-1988 foi a criação de tipos de perigo abstrato, como os crimes contra o consumo – boa parte dos crimes previstos na Lei nº 8.078/1990 são de perigo abstrato – os crimes contra as telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), os crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998, na qual também são inúmeros os crimes de perigo abstrato), e, mais recentemente, as leis que vedam o ingresso de aparelhos telefônicos em presídios (Leis nº 11.466/2007 e Lei nº 12.012/2009) – autênticos atos preparatórios punidos como crimes autônomos –, e a regulação do crime de embriaguez ao volante – que, na redação antiga, exigia a demonstração da periculosidade da conduta e passou a dispensar tal constatação³⁰.

Por outro lado, a mesma dificuldade de descrição das condutas desvaloradas leva à proliferação de crimes culposos – cuja descrição típica é restrita ao resultado –, das normas penais em branco, nas quais se relega à autoridade administrativa a complementação dos elementos típicos – e dos tipos indeterminados

– nos quais a complementação normativa será realizada pelo magistrado.

Essas técnicas legislativas impactam a proporcionalidade – seja no aspecto da prescrição normativa, seja em relação a sua concretização. A pouca precisão – ou abstenção – na descrição da conduta (crimes culposos, normas penais em branco e tipos indeterminados) ou do resultado (crimes de perigo) permite que diversos comportamentos – de gravidade e intensidade diferente – sejam subsumidos no mesmo espaço típico, com efeitos danosos à proporcionalidade. Nesse aspecto, ou o legislador estabelece um lapso de pena muito grande, de forma a transferir ao magistrado a verificação da proporcionalidade de acordo com as características concretas da ação e do resultado – como o faz com o peculato (pena de dois a doze anos, art. 312 do CP)³¹ ou com a inserção de dados falsos em sistema de informações da Administração Pública (dois a doze anos, art. 313-A do CP)³² – ou determina com mais precisão o espaço entre os patamares de pena. Mas, nesse último caso, acaba por mitigar a proporcionalidade já no plano abstrato, em geral com penas excessivas para comportamentos de baixa gravidade.

É o que ocorre com o crime de estupro (art. 213, CP), que estabelece uma pena mínima de seis anos para todo aquele que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Ora, aqui se equipara a pena mínima daquele que tem conjunção carnal à força com outrem àquele que força que outro, por exemplo, toque em suas partes íntimas, em evidente desproporcionalidade, a demonstrar como a falta de precisão na elaboração legislativa pode afetar concretamente a aplicação do princípio na seara penal.

PROPORCIONALIDADE E CORTE SOCIAL

O problema da desproporcionalidade na legislação penal brasileira pode ainda ser observado por outro aspecto, mais sutil, que revela com intensidade os efeitos da dificuldade do legislador em determinar o risco permitido e o caráter simbólico de um ordenamento que busca legitimidade mais na divulgação de sua existência do que em sua utilidade/racionalidade para a proteção efetiva de bens jurídicos.

Como já mencionado, o aumento da sensação de insegurança na chamada sociedade de risco implica o aumento da demanda social pela restrição às

atividades arriscadas ou às atividades cujas consequências são desconhecidas. A intensificação dos discursos pela redução desse risco contrasta com a constatação de que esses riscos são necessários para o funcionamento da sociedade – dentro do modelo econômico escolhido e posto – como apontado alhures.

Assim, ao lado da demanda pela ampliação dos campos de regulação, há uma resistência à expansão do Direito Penal, especialmente quando este incide diretamente sobre setores considerados produtivos ou economicamente importantes. Nota-se um rechaço à expansão penal quando seus efeitos recaem sobre representantes desse setor, especialmente nas hipóteses em que o comportamento não tem conotação plástica, ou seja, é praticado sem violência e sem uma vítima concreta – caso dos crimes econômicos, lavagem de dinheiro, crimes fiscais.

Esse paradoxo coloca o legislador entre dois discursos antagônicos – aquele que pugna pela ampliação do poder punitivo e aquele que aponta o perigo do excesso penal para a atividade econômica e para o próprio modelo de desenvolvimento –, que resultará em uma atividade legislativa aparentemente expansiva, como apontado anteriormente, mas com a sutil implementação de mecanismos que minimizem a incidência repressiva sobre atos e personagens que representam o setor economicamente dominante.

Assim, a expansão do Direito Penal, com o escopo de satisfazer os discursos por segurança pública, não afeta de forma igualitária todos os setores sociais e incide de forma desproporcional de acordo com o crime praticado e a classe social com ele relacionada. Ainda que se propale o caráter democrático da expansão penal e se aponte como exemplo disso a criação de tipos penais voltados à criminalidade das classes mais abastadas – crimes econômicos, fiscais e ambientais –, é importante notar que esse fenômeno é apenas aparente, ou pelo menos não ocorre na intensidade com a qual é propagado pelo próprio Poder Legislativo.

A produção de novos tipos penais vem acompanhada da criação de discretos mecanismos de escape que afastam ou dificultam sua aplicação concreta. Tomemos como exemplo os crimes fiscais. A Lei nº 8.137/1990 tipifica inúmeras condutas de fraude ao sistema fiscal, que, em geral, são praticadas por agentes oriundos das camadas mais abastadas da sociedade. No entanto, em diversos diplomas legais, o legislador estabelece que o pagamento do débito

fiscal extingue a punibilidade, mesmo que este seja realizado após o recebimento da denúncia, como previsto na Lei nº 11.941/2009.

A extinção de punibilidade pelo pagamento – espécie de arrependimento posterior com reparação do dano causado – é uma estratégia de política criminal legítima, que reduz a aplicação da sanção à *ultima ratio* e afasta o desvalor do comportamento quando os valores são restituídos. Ocorre que tal instituto de abrandamento da incidência penal não é democratizado, ou seja, não é estendido a outros delitos de cunho patrimonial nos quais a mesma política poderia perfeitamente ser aplicada.

Nos crimes como o furto (art. 155, CP) e o estelionato (art. 171, CP) – crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça – o pagamento integral do valor subtraído apenas diminui a pena em 1/3 a 2/3, desde que realizado de forma voluntária e antes do recebimento da denúncia (art. 16, CP). Passado esse marco, não será possível a diminuição da pena, ainda que o pagamento possa ser levado em conta quando da fixação da pena concreta.

Aqui se verifica a sutil, mas grave afronta à proporcionalidade. Mais do que a desproporção entre tipos penais – falha que afeta a todos indistintamente – a desproporção na concessão de benefícios de aplicação da pena afeta de forma mais violenta a organização democrática, pois trata os agentes criminosos em distintas classes, negando a alguns o abrandamento da pena concedido aos outros.

Assim, ainda que o sentido da produção legislativa seja expansivo, essa direção não afeta da mesma forma todos os comportamentos desvalorados. Há um corte seletivo que intensifica a repressão sobre os chamados delitos nucleares e ameniza, por vias mediatas, a incidência da norma sobre crimes cujos autores, em regra, provêm das classes economicamente dominantes, mesmo que os bens jurídicos afetados sejam idênticos.

Como afirma Gracia Martín, a criminalidade das classes poderosas tem conseguido escapar do Direito Penal graças ao domínio absoluto que têm exercido sobre o princípio de legalidade penal desde sua invenção como instrumento formal que inclui, mas, que ao mesmo tempo e sobretudo (o que é muito mais importante), exclui comportamentos criminais no sentido material do discurso da criminalidade³³.

Em síntese, o paradoxo do risco afeta diretamente a produção da legislação penal. A ausência de consenso social sobre a forma e a medida do gerenciamento de riscos reflete-se em uma legislação errática, com a criação de tipos penais cuja única função é serenar as demandas por mais segurança. Nesse sentido, valerá mais a expectativa de tranquilidade gerada pela norma do que a efetiva proteção ao bem jurídico, de forma que o tamanho da pena será mais importante que sua racionalidade, aplicabilidade e proporcionalidade.

Ademais, a desproporção é agravada pela criação de mecanismos que diminuem ou até afastam a aplicação da sanção penal para determinados crimes – em geral aqueles praticados por representantes das classes economicamente dominantes –, sem que os mesmos benefícios sejam estendidos a condutas similares, praticadas contra os mesmos bens jurídicos, cujos agentes pertencem – em regra – a outras classes sociais.

CONTROLE JUDICIAL DA PROPORCIONALIDADE

Na medida em que a proporcionalidade é o princípio norteador de todo o funcionamento do Direito Penal Democrático de Direito, o controle de sua observância caberá, em última instância, ao Poder Judiciário. No plano da aplicação concreta da norma isso é evidente, e a intervenção das instâncias judiciais superiores mantendo ou reparando as decisões judiciais iniciais faz parte do funcionamento do duplo grau de jurisdição. No entanto, a questão se torna tormentosa quando se trata da intervenção judicial – com base nos preceitos de proporcionalidade – no resultado da atividade legislativa, ou seja, quando o Judiciário aponta a inconsistência do texto legal face ao princípio da proporcionalidade e afasta sua vigência, já no plano abstrato. Haverá, aqui, uma interferência ilegítima entre Poderes ou uma regular consolidação do caráter normativo dos preceitos constitucionais?

Parece-nos que a solução passa pela compreensão de que o espaço de construção legislativa não é ilimitado e absolutamente discricionário, mas é pautado pelos princípios constitucionais derivados do modelo de Estado adotado. E desde o advento da Segunda Guerra Mundial, o papel do Judiciário como órgão de controle dos eventuais excessos do Poder Legislativo ganhou destaque.³⁴ O caráter normativo das constituições do pós-guerra permitiu o desenvolvimento de mecanismos de ingerência judicial no ordenamento

jurídico cada vez mais aprimorados, como as ações diretas de inconstitucionalidade e os mandados de injunção.³⁵ Dessa forma, é importante compreender como o Judiciário brasileiro define o princípio da proporcionalidade e qual a extensão do controle realizado com base nesse princípio sobre as normas editadas pelo legislador.

Em regra, o STF não afasta a possibilidade de intervenção no texto legal nos casos em que este se afaste dos parâmetros de proporcionalidade, como adiante apontado. O fato de que os critérios para aferição da proporcionalidade entre crime e pena não sejam tão nítidos e tenham caráter mais político que técnico limita a intervenção judicial aos casos em que a decisão legislativa consubstanciada na norma afeta flagrantemente a razoabilidade esperada do ente político. Do contrário, carecerá o Judiciário de legitimidade para imiscuir-se nas opções legislativas – de caráter político e com uma legitimidade eleitoral que falta à magistratura.

Mas, nos casos de exorbitância, poderá o Judiciário – excepcionalmente – interferir e afastar o texto legal, por meio do controle de constitucionalidade. Ocorre que a Constituição brasileira não explicita o princípio da proporcionalidade. Ainda que esse seja um elemento essencial para a dignidade humana, e, portanto, elemento implícito a nortear a atuação do Poder Público, não há um dispositivo que mencione a necessidade de observância da proporcionalidade na seara penal.³⁶

Muito embora ausente uma manifestação positivada sobre a proporcionalidade no texto constitucional, o STF tem reconhecido o princípio como diretriz implícita decorrente do próprio modelo democrático de Direito. Em 1953 há a primeira referência explícita ao princípio, que fundou a decisão da Corte de declarar inconstitucional norma que ampliava em excesso o poder tributário.³⁷ Já em 1968 percebe-se um esforço hermenêutico em justificar a força constitucional do princípio de proporcionalidade, quando o STF – ao declarar inconstitucionais aspectos da Lei de Segurança Nacional – buscou no art. 150, § 35, da Constituição vigente³⁸ o subsídio para validar o princípio como diretriz hierarquicamente superior³⁹.

O disposto no art. 150, § 35 se assemelha ao que hoje é previsto – em linhas gerais – no § 2º do art. 5º da CF/1988: “Os Direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios

por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, assentou-se a força constitucional da proporcionalidade no fato desse princípio ser decorrência lógica do modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição⁴⁰.

No entanto, a contribuição mais pungente à fundamentação da proporcionalidade como princípio constitucional implícito surge das discussões nos autos da ADIn 955, nos quais o STF debateu a constitucionalidade da Lei 8.713/1993 – que trata da participação dos partidos políticos nas eleições. Independentemente do mérito da questão posta naquele momento, o Ministro Moreira Alves apontou que tal norma feria “o princípio constitucional do devido processo legal, que, evidentemente, não é apenas o processo previsto em lei, mas abarca as hipóteses em que falta razoabilidade à lei”, ou seja, apontou a razoabilidade/proporcionalidade como dimensão material do devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF/1988).⁴¹

Com efeito, a obrigatória observância do “devido processo legal” (art. 5.º, LIV, CF/1988) acarreta na caracterização da proporcionalidade como princípio constitucional. Se o constituinte obriga a observância do “devido processo legal” para privar alguém de liberdade ou de seus bens, significa que esse “processo” não só deve observar as normas legais pertinentes, como também essas normas pertinentes devem apresentar-se como racionais, com “razoabilidade”. A existência de uma norma irracional e seu cumprimento podem até satisfazer uma concepção formal de “devido processo legal”, mas não satisfazem sua dimensão material, que exige – além da existência da norma – um conteúdo “razoável” e “proporcional” a ela.

Agora, se o legislador cria norma sem razoabilidade – flagrantemente desproporcional –, esta restará em conflito com o princípio constitucional do “devido processo legal” em uma antinomia real que autoriza a ab-rogação da primeira ou sua correção, a ser realizada pelo Judiciário em legítimo exercício de interpretação.⁴² Por esse raciocínio, por exemplo, foi afastada liminar e momentaneamente a validade da pena estabelecida para a receptação qualificada (art. 180, § 1º, CP). O STF – pelo voto ainda em caráter liminar do Min. Celso de Mello –, entendeu desproporcional o estabelecimento de pena maior para a receptação qualificada⁴³ – em que o dolo é meramente eventual – do que a pena prevista para a receptação simples⁴⁴ – para a qual se exige dolo

direto, em decisão,⁴⁵ da qual se destaca o seguinte trecho:

Isso significa, portanto, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

[...]

A jurisprudência constitucional do STF, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos Direitos das pessoas.

À mesma conclusão – sobre a possibilidade de controle judicial da proporcionalidade das normas penais – chegou o Min. Gilmar Mendes, ao debater a incidência do princípio da proporcionalidade no julgamento que declarou inconstitucionais aspectos da Lei do Desarmamento (Lei 10.826/2003), apesar de não partir da derivação da proporcionalidade do devido processo legal, mas da fixação de patamares de política criminal no texto constitucional que exigiriam um respeito do legislador à proporcionalidade, seja no aspecto da proibição do excesso – a norma penal não pode punir de forma exagerada – seja no que se refere à proibição de proteção deficiente – a norma penal deve ser capaz de concretizar os mandados constitucionais de criminalização, que estabelecem limites mínimos de intervenção do legislador abaixo dos quais não seria constitucional sua atuação⁴⁶.

Esses casos mostram que a Suprema Corte brasileira tem adotado – é certo que ainda timidamente – o princípio da proporcionalidade como elemento

justificante de anulação de normas e atos normativos. Esse raciocínio – a nosso ver – não é legítimo apenas para o controle abstrato de constitucionalidade. A premissa de que a proporcionalidade deriva do devido processo legal – ou das pautas constitucionais de política criminal razoável – e que, portanto, os preceitos irracionais ou sem razoabilidade conflitam com o texto constitucional, é aplicável e pode ser reconhecida no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, de forma incidental, por qualquer órgão do Poder Judiciário⁴⁷. A consolidação dessa concepção poderá servir de parâmetro para que o legislador exerça suas funções típicas sem interferências, mas sempre respeitando os limites constitucionais assinalados, de forma a evitar excessos ou irracionalismos.

Porém, é de se destacar que os aportes do Judiciário sobre a proporcionalidade se limitam ao seu aspecto mais evidente, qual seja, o equilíbrio entre a gravidade do comportamento – e a importância do bem jurídico protegido – e a sanção penal correspondente. Mas, não há uma reflexão maior sobre o outro aspecto destacado referente à proporcionalidade: o já mencionado corte social representado pela criação de mecanismos legais que afastam a incidência da norma penal em determinados crimes – em geral econômicos ou financeiros – que não se estendem aos delitos comuns, praticados, em regra, por membros de classes sociais inferiores, como já mencionado.

Pelo contrário, as construções jurisprudenciais tendem a agravar a desproporcionalidade em algumas situações, consolidando o corte social já realizado pelo Legislativo em uma primeira etapa. É o que ocorre no desenvolvimento e aplicação do princípio da insignificância, corolário da aplicação do princípio da proporcionalidade⁴⁸.

O princípio da insignificância foi desenvolvido como instrumento para aplicação da proporcionalidade em casos nos quais a magnitude da lesão é ínfima, apesar do comportamento ser exatamente aquele descrito no tipo penal. A ideia de que pequenas lesões – ou comportamentos insignificantes – não ostentam dignidade penal e não merecem repressão nessa seara deriva diretamente da consagração da proporcionalidade como elemento norteador da política criminal.

A aplicação do princípio da insignificância pela Justiça brasileira é recente – ao menos seu reconhecimento pacífico pelos Tribunais Superiores – e sistemático, e, na ausência de parâmetros dogmáticos e culturais, a regra é a

casuística. É bem verdade que os próprios Tribunais já reconhecem a falta de critérios e têm buscado organizar pautas de determinação da insignificância. Assim, o STF fixou que serão insignificantes os casos em que se constate: (a) a mínima ofensividade da conduta; (b) a ausência de periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada⁴⁹.

Ocorre que a concretização dessas diretrizes ainda é pouco precisa, e é aplicada de forma diferente – substancialmente diferente – de acordo com a natureza do delito. Para os crimes fiscais, por exemplo, fixou-se o valor de R\$ 10.000,00 como limite da insignificância, ou seja, a sonegação de valores até esse montante não será objeto de persecução penal legítima.

Esse valor se justifica, porque pela Lei nº 10.522/2002 os autos de infração fiscal com valor menor que os R\$ 10.000,00 estabelecidos serão arquivados – neste caso, o custo-benefício da cobrança judicial do débito não vale a pena, pois se considera mais custoso o procedimento de recuperação do que a perda do valor em si. Assim, se a própria vítima – a administração fiscal – entende que tal valor não justifica uma ação de recuperação judicial, não caberá ao Direito Penal intervir. Mesmo porque o Direito Penal é o instrumento último de controle social e aquele ato considerado irrelevante por qualquer outra esfera o será também pelo Direito Penal.

Porém, o mesmo raciocínio não é aplicado pela jurisprudência aos crimes mais corriqueiros, como o furto e o estelionato. Nesses casos, o parâmetro para a insignificância é muito menor do que o valor estipulado para os crimes fiscais – há decisões do STJ que afastam a insignificância do furto de R\$ 30,00 diante dos maus antecedentes do réu⁵⁰ – elemento não levado em consideração para afastar a tipicidade dos crimes fiscais mencionados – ou do STF que seguem a mesma linha no caso de furto de gomas de mascar no valor de R\$ 98,00⁵¹ ou de barras de ferro no valor de R\$ 100,00,⁵² entre outros. Nessas hipóteses, mesmo que a vítima manifeste seu desejo de desistir da ação penal, haverá a persecução diante da indisponibilidade dessa.

Parece patente a desproporcionalidade na construção jurisprudencial mencionada. Nos crimes fiscais, a irrelevância administrativa da conduta – em valor de até R\$ 10.000,00 – determina a extinção da tipicidade, mas nos demais delitos patrimoniais – mesmo naqueles sem violência ou grave ameaça – a

insignificância mostra-se muito menor e as considerações da vítima sobre a relevância da persecução penal não são levadas em consideração.

Pode-se afirmar que, no caso dos crimes fiscais, a insignificância resta caracterizada em lei – Lei nº 10.522/2002 – e que nos demais delitos não existe tal patamar fixado em diploma legal algum. Ocorre que a Lei nº 10.522/2002 não trata de matéria penal, mas apenas aponta quais débitos tributários devem ser objeto de recuperação judicial e quais serão arquivados por razões de economia e racionalidade. A relação dessa desistência administrativa de cobrança e a relevância penal da conduta é objeto de interpretação jurídica – a mesma interpretação que afastaria a relevância dos crimes patrimoniais até o mesmo valor nos casos em que a vítima considerasse desnecessária a ação civil de reparação dos danos.

A restrição da interpretação generosa da insignificância a determinados delitos mostra como a própria jurisprudência acaba por repetir algumas das incongruências que pautam a atividade legislativa, em especial o sutil e inconsciente corte social que acaba por gerar decisões desproporcionais e desiguais para autores de delitos de natureza similar.

CONCLUSÃO

Em síntese, o princípio da proporcionalidade é a diretriz de matriz constitucional – embora não explícita – que exige uma correlação entre o fato criminoso (conduta/resultado) e a pena aplicada, no plano legislativo, que pode macular a validade da norma caso se extrapole os parâmetros de forma gritante – passível de reconhecimento pelo Judiciário pelo controle de constitucionalidade, seja concentrado, seja difuso.

Ocorre que a produção legislativa brasileira contemporânea – com algumas exceções – tem se destacado pela inobservância da proporcionalidade. Ora cria tipos penais com sanções visivelmente desajustadas do restante do ordenamento, ora erige delitos com descrição carente de precisão, que comportam inúmeras condutas de gravidades diferentes sob um mesmo espaço de repressão, de forma a afetar a proporcionalidade.

Como observado, o Judiciário tem condições de exercer um controle de vigência de normas com fundamento na proporcionalidade – desde que cuide para não interferir no espaço legítimo de discricionariedade do parlamento

– e vem exercendo tal atribuição em diversas oportunidades, o que resulta no destaque do princípio como elemento limitador à produção legislativa e como instituto de ajuste de contrapesos entre os poderes da República.

No entanto, e essa característica da proporcionalidade merece reflexões mais aprofundadas, há um corte social na produção legislativa penal e no desenvolvimento da jurisprudência que parece fazer coro com o paradoxo do risco apresentado no primeiro apartado deste breve estudo. Como exposto, a sociedade atual depende estruturalmente dos novos riscos – oriundos da dinâmica do desenvolvimento tecnológico – e ao mesmo tempo rechaça a insegurança por eles produzida. Isso resulta em uma legislação penal aparentemente expansiva, de caráter simbólico, que visa exclusivamente eliminar – por um curto período – tal sentimento de insegurança social sem eliminar o sistema de produção de riscos. Para isso, o legislador – ainda que inconscientemente – amplia o número de condutas criminosas, acirra as penas, mas, ao mesmo tempo, cria sutis mecanismos que afastam a incidência da norma penal sobre as atividades produtivas que criam o risco. É a forma de tentar superar o paradoxo, de fazer confluir discursos contraditórios que não se entendem sobre os limites dos riscos tolerados e não tolerados pela sociedade. Expande-se aparentemente o Direito Penal, obtém-se uma sensação de segurança transitória e, ao mesmo tempo, permite-se a continuidade de atividades estruturalmente relevantes para a manutenção do sistema econômico.

Essa mesma lógica está presente nas construções jurisprudenciais, que, embora fulminem a desproporcionalidade abstrata, declarando a inconstitucionalidade de normas que não respeitem a correlação razoável entre crime e pena, acabam por estabelecer outros padrões de desproporção quando criam institutos de redução da incidência excessiva do Direito Penal para alguns crimes – em geral os crimes econômicos e financeiros – e não estendem tais institutos aos demais crimes comuns assemelhados.

Esse contexto de produção legislativa e jurisprudencial com cortes sociais acaba por mitigar constantemente o princípio da proporcionalidade, e, com isso, contribui para dificultar com que o Direito Penal exerça sua real função: a de assegurar expectativas normativas que garantam a confiança necessária para o funcionamento da sociedade. A inversão e a distorção de valores produzidas pela lógica apontada solapam as expectativas sociais no

comportamento do outro, pois, na medida que a ação mais desvalorada socialmente tem a consequência jurídica mais branda – e vice-versa – não há mais confiança no sistema jurídico.

E a falta de confiança no sistema jurídico, bem como a falta de expectativas sociais, gera mais insegurança ou a busca por outros meios de solução de conflitos, em geral violentos, de forma que a preservação da proporcionalidade cumpre mais do que um papel de mera organização dogmática, sendo imprescindível para a preservação do modelo de Estado constitucional em vigor.

NOTAS

1 Artigo convidado.

2 Segundo Habermas, a interpretação jurídica deve ser uma atividade de pensar em e desde outras alternativas. No estado plural é essencial o permanente questionamento sobre outras possibilidades de interpretação, de forma a ampliar os horizontes visuais e permitir a inclusão de novas realidades em seu núcleo. Afirma que “quanto mais aberto, plural e político seja uma determinada ordem constitucional – junto com a sua correspondente parte dogmática – tanto mais relevante será esse tipo de reflexão possibilista”. HABERMAS, J. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 64.

3 Sobre o desenvolvimento do conceito dogmático, ver SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 72 e ss.

4 O que não significa que o método dedutivo seja o único método válido para a solução de casos, vez que os problemas reais apresentam importantes aportes para a correção de linhas argumentativas e para a materialização conceitual em sentidos diversos.

5 CORREA, T. A. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 113.

6 Como afirma Beccaria: “Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum”. Esta relação da medida da pena com a possibilidade de repetição do crime afasta-se do conceito de proporcionalidade relacionada com o bem jurídico erigido pelo retribucionismo que funda o princípio atualmente. BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Bauru: Edipro, 2003, p. 64.

7 ROXIN, C. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 55.

8 MIR PUIG, S. *Derecho penal*. Parte general. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996, p. 99.

9 *Idem*, p. 100.

10 Como já apontava Von Liszt, há “sempre dois pontos de vista: um objetivo, proveniente da gravidade da lesão dos bens jurídicos, outro subjetivo, correspondente à direção que a vontade segue” razão pela qual a proporcionalidade seria um princípio contraditório e de difícil aplicação sem o suporte da finalidade da pena. VON LISZT, F. *A ideia do fim no Direito Penal*. São Paulo: Rideel, 2005, p.53.

11 GOMES, M. G. de M. “A Lei nº 11.923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico penal”. In: *Boletim IBCCrim*, nº 199, São Paulo, jun. 2009, p. 8-9.

12 JAKOBS, G. “Derecho penal, parte general”. In: *Fundamentos y teoria de la imputación*. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 26.

13 BOTTINI, P. C. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 40.

14 BECK, U. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 2002, e _____. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.

15 GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. DE GIORGI, R. “O risco na sociedade contemporânea”. In: *Revista do curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina*, nº 28, Florianópolis, jun. 1994, p. 45-54. BOTTINI, P. C. *Op. cit.* BUERGO, B. M. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 23. VARELLA, M. D. (org.) *Direito, sociedade e riscos*. Brasília: UniCeub, 2006.

16 Nesse sentido: GRAU, E. R. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40.

17 A comparação das penas e dos tipos penais foi realizada com o auxílio do Sispenas – instrumento desenvolvido pelo Ministério da Justiça que possibilita a comparação entre diversos tipos penais com parâmetros nas penas.

18 HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. Uma abordagem interessante sobre a racionalidade inerente ao processo legislativo penal brasileiro, ver: PAIVA, L. G. M. de. *A fábrica de penas*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 78 e ss.

19 CASABONA, C. M. R. “Aprotaciones del principio de precaucion al derecho penal”.

In: _____ (org.). *Principio de precaucion, biotecnologia y derecho*. Bilbao-Granada: Comares, 2004.

20 SERRANO, J. L. “A diferença risco/ perigo”. In: VARELA, M. D. (org.) *Direito, sociedade e riscos*. Brasília: UniCeub, 2006, p. 61.

21 Como aponta Ripollés, este é um movimento comum em todas as nações Ibero-americanas. RIPOLLÉS, J. L. D. “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. Derecho penal del siglo XXI”. In: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo Nacional del Poder Judicial, 2008, p. 153 e ss.

22 Como expõe Ferrajoli ao estabelecer a distinção qualitativa entre delito e pena: um é quantificável e o outro não pode ser reduzido a proporções aritméticas, de forma que a relação de proporcionalidade estará sempre comprometida no que concerne ao delito singular e poderá ser aferida apenas por aproximação diante do conjunto do ordenamento, em: FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998, p. 399.

23 Sobre tais crimes, ver: SILVEIRA, R. de M. J. *Direito Penal supraindividual*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 98.

24 Cabe apontar que, em nosso ver, os crimes de mera conduta não apresentam dignidade penal em si, e devem ser interpretados como crimes de periculosidade, ou seja, cabe ao intérprete conferir materialidade à conduta e averiguar se esta ao menos criou um risco em potencial para o bem jurídico tutelado. Neste sentido, a alteração seria inócua, porque a interpretação da nova redação do tipo de embriaguez ao volante, para adequar-se ao princípio da ofensividade, exigiria a demonstração da capacidade de causação de dano ou de perigo concreto do comportamento. Sobre o tema: BOTTINI, P. C. *Op. cit., passim*.

25 “Art. 292. Emitir, sem permissão legal, nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago”.

26 GOMES, M. G. de M. *Op. cit.*, p. 8-9.

27 Como bem aponta: PEIXOTO, M. A. R. “Possibilidade de controle jurisdicional sobre a proporcionalidade da pena in abstracto”. In: *Boletim IBCCrim*, nº 153, São Paulo, ago. 2005.

28 “Art. 180. (...) § 1.º Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito,

desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime”.

29 Como salienta Franco “Ora, tendo-se por diretriz o princípio da proporcionalidade, não há como admitir, sob o enfoque constitucional, que o legislador ordinário estabeleça um preceito sancionatório mais gravoso para a receptação qualificada quando o agente atua com dolo eventual e mantenha, para a receptação do caput do art. 180, um comando sancionador sensivelmente mais brando quando, no caso, o autor pratica o fato criminoso com dolo direto. As duas dimensões de subjetividade ‘dolo direto’ e ‘dolo eventual’ podem acarretar reações penais menos rigorosas em relação ao ‘dolo eventual’. O que não se pode reconhecer é que a ação praticada com ‘dolo eventual’ seja três vezes mais grave – é o mínimo legal que detecta o entendimento do legislador sobre a gravidade do fato criminoso – do que quase a mesma atividade delituosa, executada com dolo direto. Aí, o legislador penal afrontou, com uma clareza solar, o princípio da proporcionalidade”, FRANCO, A. S. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7.ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, vol. 2, p. 2969, item nº 10.00.

30 Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, pela Lei nº 11.705/2008.

31 “Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”.

32 “Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano”.

33 MARTÍN, L. G. *Prolegomenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la critica del discurso de resistência*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 164.

34 BARROSO, L. R. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 312.

35 Sobre o ativismo judicial e seus contornos – em abordagem crítica, ver: BERCOVICI, G. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 335.

36 Ainda que haja menção à proporcionalidade para casos de direito de resposta (art. 5.º, V, CF/1988).

37 RE 18.331, mencionado por: MENDES, G. F.; COELHO, I. M. & BRANCO, P. G. *G. Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 358.

38 “A especificação dos Direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros Direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

39 HC 45.232, mencionado por MENDES, G. F.; COELHO, I. M. & BRANCO, P. G. *G. Op. cit.*, p. 359.

40 Sobre os fundamentos constitucionais do princípio da proporcionalidade, ver CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 261.

41 MENDES, G. F.; COELHO, I. M. & BRANCO, P.G.G. *Op. cit.*, p. 362.

42 Nesse sentido, ver voto do Min. Celso de Mello ao deferir liminar no HC 92.525, DJ 03.04.2008. Válido lembrar que até a finalização deste texto – 13.09.2010 – não havia julgamento final do mérito.

43 “Art. 180. (...) § 1.º Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime”.

44 “Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”.

45 Vale destacar que tal posição não é referendada por todo o STF, pois a mesma Corte afirmou a constitucionalidade do art. 180, § 1.º, do CP em outro julgado – RE 443.388, este em definitivo e não em caráter liminar (j. 18.08.2009) – por entender que a qualidade de comerciante ou industrial do agente da receptação qualificada justificaria a pena maior, independente do elemento subjetivo. No entanto, tal decisão não contesta os fundamentos da liminar do Min. Celso de Mello – sobre a possibilidade do Judiciário declarar a inconstitucionalidade de normas contrárias à proporcionalidade, pelo que tais argumentos são válidos.

46 Voto Min. Gilmar Mendes nas discussões da ADIn 3.112, DJ 02.05.2007, que afirma “A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a seguinte máxima: quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um Direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional”. Ver, também sobre o tema, RE 18.331, mencionado por MENDES, G.F.; COELHO, I.M. & BRANCO, P.G.G. *Op. cit.*, p. 364.

47 Como o fez o Juiz da 2.^a Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu, nos Autos 6.738-8, ao declarar a inconstitucionalidade da pena prevista no art. 184 do CP por entendê-la incongruente com o princípio de proporcionalidade. Cf. PEIXOTO, M. A. R. *Op. cit.*

48 Como apontam SILVA SÁNCHEZ, JM. “Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo español”. In: *RBCCrim*, nº 15, São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 47; ESTELLITA, H. “Direito Penal, Constituição e princípio da proporcionalidade”. In: *Boletim IBCCrim*, vol. 11, São Paulo, edição especial, out. 2003, p. 11-13.

49 Ver, por todas, a decisão no HC 90.474, j. 01.12.2009, rel. Min. Joaquim Barbosa.

50 STJ, HC 137.018, j. 29.09.2009.

51 Liminar indeferida no HC 98.944, j. 08.05.2009.

52 Liminar indeferida no HC 97.012, j. 09.12.2008.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : AGUADO, P. M. de la C. *Tipicidad e imputacion objetiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- : BARROSO, L. R. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- : BAUMAN, Z. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- : BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Bauru: Edipro, 2003.
- : BECHARA, A. E. L. “Delitos sem bens jurídicos?”. In: *Boletim IBCCrim*, vol. 15, fasc. 181, São Paulo, dez. 2007.
- : BECK, U. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.
- : _____. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.
- : BERCOVICI, G. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- : BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- : BOTTINI, P. C. *Crimes de perigo abstrato, princípio da precaução e sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- : BUERGO, B. M. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- : CABEZAS CHAMORRO, S. & TAIBI, P. S. *Derecho penal de riesgos*. Manutencion de principios del derecho penal clasico o liberal vs. solucion de conflictos en las modernas sociedades. Disponível em: [http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=87:derecho-penal-de-riesgos&catid=39:parte-general&Itemid=27].
- : CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- : CASABONA, C. M. R (org.). *Principio de precaucion, biotecnologia y derecho*. Bilbao-Granada: Comares, 2004.

PREFÁCIO

- : CORREA, T. A. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.
- : DE GIORGI, R. “O risco na sociedade contemporânea”. In: *Revista do curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina*, nº 28, Florianópolis, jun. 1994.
- : DIAS, J. de F. “O Direito Penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’”. In: *RBCCrim*, nº 33, São Paulo: Ed. RT, 2001.
- : ESTELLITA, H. “Direito Penal, Constituição e princípio da proporcionalidade”. In: *Boletim IBCCrim*, vol. 11, São Paulo, edição especial, out. 2003.
- : FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998.
- : FRANCO, A. S. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. vol. 2.
- : GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- : GOMES, M. G. de M. “A Lei n. 11.923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico penal”. In: *Boletim IBCCrim*, nº 199, São Paulo, jun. 2009.
- : GRAU, E. R. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- : GROSNER, M. Q. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBCCrim, 2008.
- : HABERLE HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.
- : HEFENDEHL, R. (ed.) *La teoría del bien jurídico, fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Trad. Enrique Gimbernat, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- : JAKOBS, G. “Derecho penal”, parte general. *Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

- : LISZT, F. V. *A ideia do fim no Direito Penal*. São Paulo: Rideel, 2005.
- : MARTÍN, L. G. *Prolegomenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la critica del discurso de resistência*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- : MENDES, G. F.; COELHO, I. M. & BRANCO, P. G. G.. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- : MIR PUIG, S. *Derecho penal*. Parte general. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996.
- : PAIVA, L. G. M. de. *A fábrica de penas*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- : PEIXOTO, M. A. R. “Possibilidade de controle jurisdicional sobre a proporcionalidade da pena *in abstracto*”. In: *Boletim IBCCrim*, nº 153, São Paulo, agosto de 2005.
- : REALE JR., M. *Instituições de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. 1, p. 62.
- : RIPOLLÉS, J. L. D. “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. Derecho penal del siglo XXI”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo Nacional del Poder Judicial, 2008.
- : ROXIN, C. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Civitas, 2006. t. I.
- : _____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.
- : SERRANO, J. L. “A diferença risco/perigo”. In: VARELA, M. D. (org.). *Direito, sociedade e riscos*. Brasília: UniCeub, 2006.
- : SIFUENTES, M. *Súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- : SILVA SÁNCHEZ, JM. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- : _____. “Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo español”. In: *RBCCrIm*, nº 15, São Paulo: Ed. RT, 1996.
- : SILVEIRA, R. de M. J. *Direito Penal supraindividual*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PREFÁCIO

: VARELLA, M. D. (org.). *Direito, sociedade e riscos*. Brasília: UniCeub, 2006.

PARTE 2

CRISE E ALTERNATIVAS À PENA

AS RELAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS DE IDEIAS: DIREITOS HUMANOS E TEORIAS DA PENA FACE À PENA DE MORTE¹

Álvaro P. Pires e Margarida Garcia

Tradução do Francês: Ana Cristina Arantes Nasser

Nosso objetivo, neste texto, é tematizar as relações – ou a ausência de relações diretas – entre dois sistemas de ideias: de um lado, os Direitos Humanos, e, de outro, as teorias modernas da pena, em Política e em Direito Criminal. Para tanto, examinaremos de que forma as teorias da pena nos auxiliaram a aceitar a pena de morte, mas também a aboli-la em diversas jurisdições ocidentais. Tal abolição parece, inclusive, ter sido realizada, em certos casos, sem que se tenha feito referência, nos debates parlamentares, ao Direito fundamental de todo indivíduo à vida ou à liberdade. O tema desta investigação pode ser sintetizado sob a forma de duas questões interligadas:

- o que, no plano das “grandes ideias”, contribuiu para nos adaptar à pena de morte e contribui, ainda, para nos adaptar às longas penas de prisão mesmo em um meio que parece marcar sua preferência pela inclusão social?;
- como esses dois sistemas de pensamento, os Direitos Humanos e as teorias da pena, constroem seu próprio “campo semântico de intervenção”, modificam suas fronteiras e organizam um modo de, ao mesmo tempo, entrar em conflito e colaborar mutuamente?

De maneira geral, pode-se dizer que as ideias são observações (de primeira ordem) que fazemos sobre o mundo; e que é possível colocar-se como um observador de segunda ordem para observar essas ideias sobre o mundo.² Sabemos também que elas interagem, com o auxílio dos sistemas psíquicos e sociais; mas, como observar, teórica e empiricamente, as relações entre os sistemas de ideias? E qual é o problema que buscamos explorar e elucidar ao selecionar esses dois sistemas de ideias: os Direitos Humanos e as teorias da

pena? A primeira questão remete à nossa estratégia metodológica; e a segunda, à nossa hipótese diretiva. Começemos pela última.

O PROBLEMA DE PESQUISA E A HIPÓTESE DIRETIVA

O interesse de um de nós por essa questão (teorias da pena/Direitos Humanos) foi suscitado por um resultado empírico que experimentamos como um paradoxo surpreendente a partir dos anos 1980: circuitos de comunicação muito diversos (Ciências Sociais, Direito, Política etc.) mobilizam explicitamente os Direitos Humanos para justificar um Direito Criminal mais repressivo e para fazer oposição a outro modo de pensar e de construir o Direito Criminal. Essas tramas discursivas promovem, assim, os Direitos fundamentais (proteção à vida, segurança da pessoa, igualdade etc.) ou uma sociedade menos opressiva ao requererem um Direito Criminal mais repressivo.

Em resumo, um discurso construído com duas faces: humanismo/não humanismo. Os atores que atualizam essa proposição colocam-se do lado do humanismo, mas pedem soluções não humanistas. A finalidade é humanista (relativamente a um grupo de pessoas), mas o meio não o é (relativamente a um outro grupo de pessoas). Às vezes, o ator que defende a proposição é tão tomado pelas ideias, que não vê qualquer paradoxo na comunicação que estabelece; noutros casos, o ator dá a um observador externo a impressão de ser utilizado pelo sistema de ideias, ao invés de utilizá-lo: ele parece querer escapar disso, mas sem saber como fazê-lo.

O objetivo do primeiro trabalho que um de nós realizou sobre esse tema³ foi, principalmente, o de chamar a atenção para o referido fenômeno, mostrando como as teorias da pena “colonizavam” os Direitos Humanos. Além disso, quisemos advertir os leitores de que essas proposições impediam potencialmente uma mutação (humanista) do Direito Criminal. Daí a questão formulada à época: “Queremos nos basear nos Direitos Humanos para humanizar e aperfeiçoar o Direito (penal) e estabelecer formas mais flexíveis e menos repressivas de resolução dos conflitos, ou, ao contrário, acreditamos que é preciso sermos cada vez mais repressivos (em nossa maneira de pensar o Direito Criminal) para reagir contra os ataques aos Direitos Humanos?”⁴. Nesse momento, ainda não distinguíamos o modo sistemático entre as comunicações do Direito Criminal e os outros circuitos de comunicação.

No entanto, já tínhamos uma hipótese diretiva que buscava observar o papel de um sistema de pensamento selecionado e constituído pelo Direito Criminal moderno na construção de suas, nas palavras do filósofo francês Michel Foucault, “práticas discursivas” de duas faces. Tal sistema, que nomeamos de *racionalidade penal moderna* (doravante, também RPM), constrói-se a partir do conjunto das teorias da pena que, de diferentes formas, enfatizam a exclusão social, permanecem indiferentes, no plano decisional, à inclusão social dos culpados de um crime, ou concedem uma precedência à ideia segundo a qual, em Direito Criminal, é preciso privilegiar as sanções que demonstram a intenção de infligir um sofrimento ao culpado de um crime.

Nossas investigações atuais mantêm essa hipótese diretiva, mas modificam o modo de observar. De um lado, queremos explorar, agora, como esses dois sistemas de ideias, a RPM e os Direitos Humanos, entram ou não em relação e constroem, por contingência, seu espaço semântico de intervenção própria. De outro lado, também queremos ver como o próprio Direito Criminal observa suas relações com os Direitos Humanos.⁵

A racionalidade penal moderna veicula a seguinte fórmula “causal”: “é preciso absolutamente empregar o mal (infligir o sofrimento) para causar um/ o bem ou restabelecer a justiça”; ou ainda: “é preciso conceder uma precedência à infligência do sofrimento para causar um/ o bem ou fazer justiça”. Ela atribui ao Direito Criminal esse papel ou essa “função” na sociedade. Os governados podem, assim, pedir aos governantes que solucionem, com vistas ao bem-estar, a miséria que sustenta ou causa a criminalidade e, também, que previnam ou tratem diretamente com normas de sanção repressiva o problema da *transgressão à lei criminal*. Tais normas supostamente obrigam o sistema de Direito Criminal a desempenhar seu papel repressivo. Um papel que, com a ajuda das teorias da pena, ele próprio parece aceitar como seu (construção de uma imagem identitária).

Para ilustrar esse problema de pesquisa, voltemo-nos agora a um exemplo do qual tomamos conhecimento recentemente. A Constituição Brasileira de 1988 fez uma “boa mistura” dos Direitos Humanos com a RPM (teorias da pena); e, como ocorre em toda mistura, ficou difícil decompô-la de modo a reconstituir seus elementos.

Com efeito, na seção dedicada aos “Direitos e garantias fundamentais” (Título II), a referida Constituição aponta não apenas os Direitos fundamentais que devem ser concedidos a *todos* os indivíduos, como também as garantias e os Direitos (fundamentais?) que devem ser *subtraídos* de alguns indivíduos. A Constituição é “utilizada” não só para forçar o legislador ordinário a criar novos crimes, como também, mais especificamente, para “garantir” a inflicção do sofrimento e eliminar limites (virtuais ou existentes) ao Direito de punir.

Por exemplo, a Constituição estabelece, em seu art. 5, § XLII, que “a prática do racismo constitui um crime *inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão* nos termos da lei”. No momento em que a nova Constituição foi aprovada, existia uma lei de contravenções penais referente ao “preconceito de raça ou de cor” (Lei nº 1.390/1951), que será revogada por uma outra (Lei nº 7.716/1989), que transforma as contravenções em crimes e aumenta o número de casos. Mas, o que resulta diretamente da racionalidade penal moderna (teorias da pena) é o fato de apontar a necessidade de uma pena de reclusão e a eliminação da fiança e da prescrição. A pena mais grave na antiga lei de contravenções era a prisão simples, de três meses a um ano; já na nova lei, a pena de reclusão é prevista para todos os crimes, com uma duração variando de um a três anos, e de dois a cinco anos.⁶

Um outro exemplo: o parágrafo seguinte (§ XLIII) estipula que a lei deve considerar também como crimes *inafiançáveis* a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes hediondos.⁷ Paralelamente, a Constituição enuncia também que não existirá pena de morte, nem pena de um caráter “perpétuo”. No Brasil, a restrição em relação a penas perpétuas indica que essa questão “pertence” agora ao campo semântico de intervenção dos Direitos Humanos. A racionalidade penal moderna (sistema de ideias das teorias da pena) *perdeu*, aqui, sua influência sobre essa questão. Evidentemente, nessa batalha em torno da pena perpétua, a vitória dos Direitos Humanos sobre as teorias da pena não exclui, necessariamente, a possibilidade de penas efetivas, podendo alcançar até trinta anos de prisão. As teorias da pena não foram substituídas e os Direitos Humanos não foram diretamente endereçados a essas teorias (essa racionalidade). Outros cruzamentos conflitantes são virtualmente possíveis em termos de sanções.

É impossível haver um exemplo mais direto do paradoxo da utilização dos Direitos Humanos para pedir a infligência do sofrimento a terceiros, e de igual modo – ao que nos parece –, um exemplo de interpenetração de ideias: Direitos Humanos e teorias da pena. Mas, agora que o texto tem uma vida própria e independe de seus criadores, como ele deve ser lido? Observem que os redatores do texto (os atores sociais) permanecem invisíveis. Assim sendo, é possível ainda distinguir dois sistemas de ideias ou não?

Em outras palavras, somos obrigados a dizer que, doravante, são os *próprios Direitos Humanos* que pedem que as autoridades inflijam sofrimento aos culpados desses crimes? Ou, ao contrário, pode-se ainda observar essas passagens como não relativas *a uma declaração dos Direitos e garantias fundamentais*? Assim como na história de Chapeuzinho Vermelho, pode-se ainda “identificar” aqui o Lobo (teorias da pena) disfarçado de avó após tê-la engolido?

De qualquer modo, o exemplo referido mostra os “perigos” em que incorrem as constituições contemporâneas, em razão de algumas seleções que fazemos, e que são passíveis de ser motivadas (no duplo sentido de “estimular”, ou de “fornecer o motivo de”) pela RPM. O perigo é o de virar do avesso os Direitos Humanos;⁸ ou seja, para reprimir mais, e não para reforçar as garantias jurídicas, ou então, as duas coisas simultaneamente. A mesma finalidade, atribuir “garantias e Direitos fundamentais”, *outorga e retira* Direitos e garantias.

Fundamentalmente, tal exemplo sugere que esses dois sistemas de ideias se reservam espaços semânticos “exclusivos” de intervenção, cujas fronteiras podem se modificar com o decorrer do tempo. É possível observar melhor a modificação dessas fronteiras por meio da distinção inclusão/exclusão; ou seja, observando o que cada sistema de ideias inclui/exclui (ou inclui e “perde ou abandona a posse” em favor do outro), em diferentes momentos em uma escala temporal. Se temos razão em pensar que esses dois sistemas de ideias constituíram espaços semânticos exclusivos, isso significa também (e esta é uma outra maneira de observar) que eles não vão se enfrentar *diretamente*, mas apenas *em relação a alguma coisa*.

Por exemplo, os Direitos Humanos não vão se opor diretamente à maneira de decidir (ou de motivar) defendida pela teoria da retribuição, ou

a da dissuasão; mas, eles podem chegar a disputar com o sistema rival (em um dado momento no tempo), “o espaço semântico exclusivo” ao qual devem pertencer a pena de morte, a pena perpétua etc. Estas devem ser pensadas pelos Direitos Humanos, ou, ao contrário, pela racionalidade penal moderna (teorias da pena)?

Buscamos também abrir uma nova via para analisar, na prática, de um ponto de vista sociológico, os sistemas de ideias e a relação entre eles. É possível observar empiricamente a relação entre os sistemas de ideias sem reiterar inutilmente a distinção determinismo/ livre-arbítrio sem focar a observação na variada intencionalidade dos atores, e, nesse caso, sem ter de fazer a etilogia dos documentos legislativos? Em outras palavras, é possível compreender o que ocorre no plano das “grandes ideias” sem sermos obrigados a estabelecer uma espécie de “média aritmética” das intenções e percepções individuais em um contexto determinado?

Nossa hipótese diretiva, enfatizando o papel capital das teorias da pena como obstáculo à evolução das ideias em Direito Criminal, pode ser completada da seguinte forma: no início da primeira modernidade (segunda metade do século XVIII), dois sistemas de ideias em oposição semântica virtual – os Direitos Humanos (valorizando a inclusão e o bem-estar de *todos*) e as teorias da pena (que valorizam a exclusão social, ou são indiferentes à inclusão social de *alguns indivíduos*) organizavam espaços semânticos exclusivos e construíam, por contingência, uma forma de, ao mesmo tempo, entrar em conflito e colaborar mutuamente, em virtude da qual eles não se enfrentavam diretamente no plano das ideias, mas apenas em torno de questões concretas.

Além disso, esses dois sistemas de ideários lutam juntos contra qualquer “ideia” que tente levá-los a se confrontar diretamente. Dessas concepções desordenadas viriam, portanto, seus pontos de vista – segundo a expressão de um crítico literário brasileiro, Roberto Schwarz⁹, as *misplaced ideas*, “ideias fora do lugar” (ou no mau lugar/no mau momento). Elas seriam mal colocadas, fosse por impedirem a promoção dos Direitos Humanos (ponto de vista desse sistema) ou por não compreenderem a “função” do Direito Criminal e a necessidade de conceder uma precedência às sanções, cuja intenção primordial é a de dar a impressão de querer infligir um sofrimento ao culpado.

A ESTRATÉGIA METODOLÓGICA

Para observar as relações entre esses dois sistemas de ideias, tomamos como pontos de partida, de um lado, um texto paradigmático de Beccaria¹⁰ – no qual ele argumenta contra a pena de morte, bem como a reação que ele suscitou e, de outro, um grande debate parlamentar ocorrido no Canadá, em 1967, sobre sua abolição/ manutenção. Mais de dois séculos separam os dois episódios e os contextos são radicalmente distintos.

Os debates modernos sobre a pena de morte – sejam de natureza filosófica, doutrinária, parlamentar, ou judiciária – têm a vantagem estratégica de concernir e de atrair (pelo menos virtualmente) os dois sistemas considerados: a RPM e os Direitos Humanos.¹¹ Eis aí, portanto, a oportunidade de articulá-los em torno de uma questão empírica, em um ponto de encontro contingente, e de ver como essa relação se desenvolve. Se ela não ocorreu por causa de um ou de outro, a observação não está perdida: pode-se ver se um dos dois está presente nessa relação e também tentar compreender a ausência do outro.

Esse debate parlamentar em torno de um projeto de lei abolicionista ocorreu na Câmara dos Comuns do Canadá entre 10 de maio e 30 de novembro e nos forneceu um material empírico de 250 páginas, com espaçamento simples e pequenos caracteres. Um material bem rico pela diversidade e quantidade de argumentos a favor ou contra a abolição/manutenção da pena de morte e que se soma a outros do mesmo tipo: pensamos aqui, particularmente, na tese de doutorado de Jean Sauvageau¹², feita sob a orientação de Françoise Tulkens e um de nós (Álvaro Pires), e em seus documentos preparatórios¹³.

Tal pesquisa contemplou todos os debates parlamentares belgas (entre 1832 e 1867) e canadenses (entre 1914 e 1956) sobre a pena de morte. Dentre nossos objetivos descritivos, estava observar a presença/ausência explícita dessa relação, como também todas as formas discursivas semelhantes que fizessem alusão aos “Direitos Humanos”. Por exemplo, os discursos sobre o humanismo, sobre a dignidade humana, sobre o caráter sagrado da vida etc.

Nos anos 1960, o Canadá não dispunha, ainda, de uma Carta de Direitos e liberdades integrada à sua Constituição, apesar de estar plenamente inserido na cultura política e jurídica ocidental e o clima da época ser altamente favorável à emergência de intervenções políticas que atualizam o sistema

de ideias dos Direitos Humanos em um debate parlamentar sobre a abolição/manutenção dessa pena.

No plano internacional, o Canadá aderira à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, da ONU; e, no plano nacional, esse país se favoreceu, em 1960, por meio de uma lei federal, de uma Declaração Canadense dos Direitos, a qual adota o estilo de redação de uma carta dos Direitos, incluindo o princípio de sua validade em relação às leis subsequentes. Essa Declaração proclama a dignidade e o valor da pessoa humana, reconhece o Direito do indivíduo à vida, à liberdade e à segurança e proíbe a interpretação das leis como devendo infligir penas ou tratamentos cruéis e inusitados. Esse é, também, um período em que a questão dos Direitos Humanos começou a ser fortemente discutida nos círculos intelectuais e profissionais canadenses e durante o qual o governo criou duas comissões de reforma do Direito, de orientação “progressista”.

Por ora, limitemo-nos a dizer esquematicamente que:

1. os Direitos Humanos estiveram ausentes no que se refere a seu impacto de abolição/manutenção virtual no material empírico observado;
2. as teorias da pena foram reproduzidas reiteradamente, em todas as direções, ocupando uma parte importante do cenário, tanto em um papel abolicionista como favorável à manutenção da pena de morte¹⁴ (a teoria da retribuição é a única que não é empiricamente visível nos argumentos apresentados contra a pena de morte);
3. as próprias teorias da pena não foram debatidas frontal e diretamente a partir dos Direitos Humanos: elas constituem o “ponto cego” mais importante do debate.

No que diz respeito ao primeiro ponto, acrescentemos três observações. Primeiramente, trata-se de um governo majoritário, que introduz um projeto de *abolição parcial* da pena de morte, mantendo-a para o homicídio doloso de policiais ou guardas de prisão.¹⁵ Em seguida, esse governo autoriza seus próprios deputados a votar segundo sua consciência. Desde o início, temos duas indicações de que o governo não considera essa pena em conflito com a proteção da vida, ou da liberdade da pessoa (direitos fundamentais). Ele já não a vê como um atentado à dignidade de todos os seres humanos nem como uma pena “cruel e inusitada”. Imaginemos, por exemplo, um projeto para revogar uma lei percebida oficialmente como racista: um governo majoritário,

encabeçando o projeto, teria permitido que seus deputados votassem segundo sua consciência? Teria feito uma revogação parcial sem expor seus motivos?

Em segundo lugar, o silêncio sobre os Direitos Humanos é rompido explicitamente em um único momento. Trata-se de um deputado que denuncia uma prática nas prisões, que ele considera como uma transgressão ao Direito dos detentos de se comunicar com seu advogado.¹⁶ Esse tema já pertence ao espaço semântico dos Direitos Humanos, o que não era ainda o caso do tema da pena de morte. Quanto a este, o silêncio permanece total e isso apesar do fato de os Direitos Humanos terem sido acidentalmente mencionados por ocasião do debate sobre uma questão paralela – o que demonstra, ainda no final dos anos 1960, o poder das teorias da pena sobre esse assunto.

Em terceiro lugar, as referências ao tema do humanismo são frequentes; porém, é preciso distinguir entre Direitos Humanos/humanismo. A quase totalidade delas remete à ética judaico-cristã, ou aos sentimentos de misericórdia e de caridade natural do homem. E o humanismo jamais compreende todos os indivíduos, nem mesmo quando faz referência à sociedade.¹⁷ O tema da dignidade humana é também frequentemente invocado em todas as direções, mas sem conexão explícita com os Direitos fundamentais.¹⁸

Enfatizemos que nosso balanço sobre a ausência dos Direitos Humanos confirma uma constatação semelhante, destacada por Zimring¹⁹. Referindo-se ao papel desempenhado pelos Direitos Humanos na abolição da pena de morte nos outros países da Europa (excluindo a Bélgica), ele afirma que:

Nenhum elemento [dos Direitos Humanos] desempenhou um papel nos [diversos] processos internos que produziram a abolição da pena de morte nos Estados europeus, durante os anos 1940, 1960, ou 1970. O avanço da perspectiva dos Direitos Humanos ocorreu após todas as batalhas decisivas nas guerras locais referentes à pena capital.

Afastemos, de imediato, um possível mal-entendido: é preciso ter em mente que nosso interesse *não é* o de querer explicar a abolição dessa pena em inúmeras jurisdições ocidentais (incluindo os Estados Unidos) nem sua manutenção em 38 das 50 jurisdições americanas. Esses dois conjuntos de

acontecimentos são insignificantes para nossos propósitos, uma vez que não pretendemos participar aqui do debate em curso atualmente na literatura anglo-saxônica (ver, entre outros, Zimring²⁰ e Garland²¹).

Agora, um esclarecimento sobre nosso quadro teórico e sobre a estrutura do texto. Aplicamos aqui, tanto do ponto de vista teórico como empírico, a “caixa de ferramentas” da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Esse uso é, todavia, discreto, e o leitor não deveria encontrar nenhuma grande dificuldade de compreensão quanto à linguagem conceitual. Essas ferramentas nos permitem distinguir claramente os dois níveis de observação aqui pertinentes, o da relação entre os sistemas de ideias e o da intencionalidade dos atores; e, ainda, distinguir operacionalmente os diversos circuitos especializados de comunicação (Política, Direito, Ciência etc.) e seus respectivos subcircuitos (governantes, movimentos sociais, doutrina jurídica, tribunais etc.).

Do ponto de vista da construção do pensamento crítico, a teoria confere um papel diretivo à distinção entre possíveis/ atualizado em lugar de outras distinções que nos são mais familiares (mito/ realidade, dominante/ dominado, dizer/ fazer, dever ser/ ser etc.). Evidentemente, essas outras distinções não são eliminadas, mas elas não orientam nem estruturam, em primeiro plano, o olhar do observador; elas passam para o segundo plano e têm um papel complementar. Nenhuma dessas distinções permite “ver tudo” e elas não podem ser acumuladas em uma mesma operação: o ponto de visibilidade de uma é o ponto cego das outras.

A estrutura de nosso texto terá como fio condutor uma reconstrução dos argumentos de Beccaria quanto à pena de morte, uma vez que a maioria deles se encontra reiterada em nosso material empírico. Tal reconstrução, sem esgotar todos os temas emergentes, possibilita um primeiro esclarecimento para descrever a relação entre esses dois sistemas de ideias. Além disso, já que o argumento principal de Beccaria não foi reativado, o citado fio condutor tem a vantagem de introduzir a *virtualidade* no campo de observação.

A ESTRUTURA ARGUMENTATIVA DE BECCARIA CONTRA A PENA DE MORTE

No que concerne ao debate sobre a pena de morte, o texto de Beccaria tem um valor paradigmático. De um lado, o texto propõe, a partir do século XVIII,

uma ideia abolicionista que nós marginalizamos. Essa *forma alternativa de pensar*, inserida em sua teoria do contrato social, será desativada em nome de outras ideias mais influentes que nós selecionamos (as teorias da pena). De outro lado, o texto sintetiza magistralmente a versão moderna da teoria da dissuasão, divide-a em “duas faces” (*a favor/contra*) no que se refere à pena de morte e introduz uma alternativa sobre o ponto de observação da *severidade* em relação às penas (severidade física/temporal). Ao que sabemos, Beccaria é também o único autor bem conhecido do século XVIII a ter se oposto à pena de morte, mesmo para o homicídio doloso.

Beccaria invoca sete argumentos principais contra a pena de morte, que aqui disporemos em três planos distintos: o da teoria do contrato social (*Paramount Law*; o plano intermediário dos “elétrons livres”, reunindo o que não decorre nem do contrato social nem da teoria da dissuasão; e o plano dos argumentos internos à teoria da dissuasão. O quadro a seguir resume tais argumentos:

● **OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRA A PENA DE MORTE, EM TRÊS NÍVEIS**

A teoria do contrato social	
1.	A pena de morte é ilegítima, mesmo quando prevista na legislação, porque ela vai contra o contrato social.
Os argumentos livres ou “sem teoria estabilizada”	
2.	A pena de morte é ilegítima, porque ela vai contra o Direito natural;
3.	A pena de morte é nociva, absurda e contraditória.
Os argumentos internos à teoria da dissuasão	
4.	A pena (de morte) deve ser proporcional ao crime (e é ilegítima quando não o é);
5.	A pena de morte (não) é necessária e (nem) é útil para proteger a sociedade; isto é, para dissuadir os autores virtuais do crime de homicídio;

6.	Para reprimir os delitos, a certeza da pena é mais importante do que sua severidade;
7.	A pena pode mostrar o sofrimento do culpado pela duração do tempo, e não apenas pela dor física.

A TEORIA DO CONTRATO SOCIAL EM BECCARIA

Ao longo do século XVIII, duas inovações principais serão propostas à noção de contrato social: uma se encontra no texto do franco-suíço Jean-Jacques Rousseau²²; e a outra, no de Beccaria²³. Mas, enquanto a inovação em Rousseau será consagrada, a em Beccaria será neutralizada na origem.

• A. O CONTRATO SOCIAL EM ROUSSEAU

A inovação em Rousseau pode ser bem visualizada em oposição à noção de contrato social em Hobbes. Como observado por Chevalier, Hobbes representa esse contrato como um contrato de todos *com o Príncipe*, ou, mais precisamente, um “contrato dos indivíduos *com um chefe* tido como soberano”²⁴. Há duas partes no contrato: de um lado, todos os súditos; e, do outro, o príncipe. Efetivamente, Hobbes afirma que os indivíduos confiam “todo o seu poder e toda a sua força a um só homem”²⁵.

Nessa transferência de poder, o contrato social em Hobbes não parece ter por função primordial uma proteção ampliada da liberdade dos indivíduos em relação ao próprio soberano. Aqui, os súditos têm poucos Direitos quanto à maneira pela qual o soberano vai lhes dar segurança. O soberano é, todavia, minimamente limitado pelos princípios do Direito natural, por algumas aquisições jurídicas (por exemplo, não punir um inocente) e por alguns princípios morais relativos ao “bom príncipe”.

Em Rousseau – por oposição a Hobbes, e deixando de lado o transgressor de uma lei criminal –, à teoria do contrato social é atribuído um papel mais estrito de limitação do poder de governar. Com efeito, já não se trata de um contrato de todos com um chefe, mas sim de um contrato de todos *com todos* regido pela vontade geral, a qual deve defender a liberdade dos indivíduos: “os povos se atribuem chefes para defender a sua liberdade, e não para se subjugar a eles”²⁶. Como o observa Siméon, “o fim último de todo corpo político seria então o de assegurar e tornar possível a liberdade de *seus*

membros. Ao celebrar o pacto social, não só não se renuncia à sua liberdade, como também se celebra o pacto social *para* ser livre – ou mais livre” (grifos nossos). Efetivamente, como escreve Rousseau, “o que o homem perde pelo contrato social é a sua liberdade natural e um Direito ilimitado a tudo o que o seduz e que ele pode obter; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui”²⁷.

Siméon acrescenta que “a liberdade civil designa a maneira pela qual o corpo político decidiu codificar em si mesmo o exercício de nossa liberdade selvagem”²⁸. A questão que permanece em aberto resulta, evidentemente, dessa *maneira* pela qual o Estado decide codificar essa liberdade civil. O contrato social protege, ou não – e, se sim, como – a liberdade civil dos membros do grupo que cometem um crime? Independentemente da resposta em Rousseau, é a essa questão que Beccaria responderá *afirmativamente*.

De fato, o problema que permanece mal resolvido pela teoria de Rousseau concerne exatamente à defesa da liberdade do membro do grupo que transgride a lei criminal. Como limitar o poder de governar e de codificar no que se refere ao delinquente? Retomemos a célebre passagem em que, no capítulo sobre o Direito de vida e de morte, ele consagra, talvez acidentalmente, uma nova percepção do transgressor:

Aliás, todo malfeitor, atacando o Direito social, torna-se por seus crimes audaciosos rebelde e traidor da pátria; *ele deixa de ser membro dela, ao violar suas leis*, e até mesmo volta-se contra ela. Quando a conservação do Estado é incompatível com a sua, é preciso que um dos dois pereça, e quando se faz morrer o culpado, é menos como cidadão do que como inimigo.²⁹

Fora do contrato

Inimigo (interno)
de todos

O todo é divisível

Para além dos problemas de interpretação dessa passagem, ela atualiza duas novas representações do criminoso. Primeiramente, como observa Foucault, o criminoso deixa de ser representado como um inimigo pessoal

do rei para se tornar um inimigo de todos, “que todos têm interesse em perseguir”³⁰. Em seguida, a passagem permite uma leitura surpreendente da noção do contrato social de Rousseau: o transgressor da lei criminal pode, doravante, ser descrito como estando “*fora* do contrato social”, como se isso fosse possível. Estamos, então, diante de uma representação paradoxal da sociedade pela qual ela pode eliminar uma de suas partes, permanecendo inteira.

De um ponto de vista empírico, Foucault afirma “que essas ideias de Rousseau foram utilizadas na *Constituinte* por alguns deputados que desejavam manter um sistema de penas muito rigoroso”³¹. “E, curiosamente – acrescenta ele –, os princípios do *Contrato* puderam manter a velha correspondência de atrocidade entre crime e castigo”. Somos levados a concluir, então, que, desde o início, criminoso e constituição parecem predestinados a não se misturar.

Nos debates parlamentares dos anos 1960, a distinção dentro/fora é ainda corrente no que diz respeito (pelo menos) ao homicídio doloso, embora o termo *contrato social* não seja evocado. São distinções equivalentes que operam: desejáveis/indesejáveis, inimigos externos/ internos etc.

<p>Nº 1</p>	<p>Então, [...] eu penso que seria preciso [...] ocupar-se dos recuperáveis. [...] Quanto aos que se rebaixaram até a assassinar [...] – bem, esses, seria preciso eliminá-los completamente, porque eles são, em minha opinião, indesejáveis na sociedade. ³²</p>	<p>Corrigível/ indesejável</p>
<p>Nº 2</p>	<p>[O] elemento criminoso de nossa sociedade, o crime organizado que mata o próximo, age da mesma maneira que um inimigo estrangeiro, e deveria ser tratado como tal. ³³</p>	<p>(Fora do contrato social) O inimigo interno</p>

• B. TRÊS MANEIRAS DE VER A RELAÇÃO CONTRATO SOCIAL-DIREITO CRIMINAL

No final do século XVIII, três maneiras de conceber a relação entre a noção de contrato social e o Direito Criminal já estão de fato disponíveis. É conveniente sintetizá-las, a partir de agora, para facilitar a compreensão:

- *Fora do contrato, ou nulidade do contrato (ex lex)*: todo aquele que transgredir uma lei criminal está fora do contrato social, ou o torna nulo. Ele é um “inimigo de todos”. A autoridade tem *a autorização*: a) de matar, a título de simples punição (homicídio, violação, alta traição); e b) de infligir uma pena perpétua;
- *O contrato social não se aplica ao Direito Criminal*: o legislador ordinário não está submetido ao contrato social em matéria de Direito Criminal. Ele é restringido somente pelo princípio racional da maior felicidade (Bentham), ou por uma obrigação moral de fazer pagar o mal com o mal, em igual proporção (Kant e Hegel). O transgressor não é mais um cidadão, ou se desqualifica como tal. A autoridade tem *a autorização*: a) de matar a título de simples punição, *se necessário* (homicídio, estupro, alta traição) (Bentham); ou ainda, a *obrigação* de matar (Kant e Hegel); e b) de infligir uma pena perpétua;
- *No contrato social (Beccaria)*: o contrato social funda e estabelece os limites do Direito de punir. Nenhuma das partes pode estar “fora do contrato” em razão de uma transgressão a uma lei criminal. A autoridade *não tem a autorização nem*: a) de matar a título de simples punição *nem* b) de infligir uma pena perpétua.³⁴

A segunda maneira de ver foi atualizada tanto por alguns utilitaristas opostos à tese do contrato social (Bentham) quanto pela teoria da retribuição (Kant e Hegel). Para esta última, o fundamento do Direito de punir não pode estar no contrato social, mas exclusivamente na moralidade; e ele está baseado em um princípio de *igualdade* (proporcionalidade) entre o crime e a pena.³⁵

As duas primeiras representações são dominantes e funcionalmente equivalentes: elas autorizam as mesmas práticas. Vejamos duas ilustrações:

1. “O Direito que você (cidadão) havia adquirido pela convenção social será anulado a partir do momento em que você a violar...”³⁶ (jurista).

2. “Todo delito exclui do Estado (o criminoso se torna ‘livre como pássaro’; ou seja, sua segurança é tampouco garantida quanto a de um pássaro, *ex lex, fora da lei*). Essa exclusão deveria ser executada pelo poder do Estado”.³⁷ (filósofo, grifado no original).

Nas duas primeiras representações, o legislador e o tribunal ficam, portanto, livres das *exigências da teoria do contrato social* para estabelecer as penas. Os indivíduos não têm, propriamente falando, um Direito à sanção menos coercitiva possível de acordo com as circunstâncias. Isso significa, para o sistema jurídico, que a avaliação (eventual) da “justeza” das penas se insere menos na observação cuidadosa dos Direitos à liberdade e à segurança do condenado (*ultima ratio*) do que na observação de uma série de *outros critérios* que desviam a atenção da *doutrina* e dos *tribunais* desses Direitos: o grau de culpabilidade, a igualdade (a proporcionalidade) do crime e da pena, a escala de gravidade das sanções etc.

Esse desvio para outros critérios ocorre tanto na Filosofia quanto no Direito Criminal. Para Kant, por exemplo, o culpado de um delito criminal é “indigno de ser cidadão”³⁸. Como cidadão desqualificado, ele não pode nem mesmo mais “se queixar que se seja injusto para com ele” no que se refere à pena.³⁹ Já Hegel parece restaurar o velho conceito medieval da honra para afirmar que, pela pena, “o criminoso é *honrado* como um ser racional”⁴⁰ (grifado no original).

Quando se funda o “Direito” de punir sobre uma ética que concede uma precedência ao critério da *igualdade* (ou de proporcionalidade) entre o crime e a pena, forma-se uma ponte, a partir das infrações mais graves, entre o conceito moderno de igualdade e o da doutrina pré-moderna da severidade máxima. Exemplifiquemos essa “armadilha cognitiva” com o jurista francês Muyart de Vouglans, favorável à tortura e às penas do Antigo Regime⁴¹. Criticando a posição de Beccaria contra a pena de morte, ele se pergunta o que esse último faz do princípio da igualdade (entre crime/pena):

Onde estaria, portanto, *essa igualdade, essa reciprocidade* que deve constituir a base de todos os compromissos? Onde estaria essa *proporção* exata que deve existir entre o crime e a pena? [...] Assim, não fosse senão relativamente ao crime de *homicídio*, seria preciso ao menos convir que haveria uma injustiça soberana de não fazer sofrer aos assassinos a mesma pena que eles fazem sofrer aos outros [...]. (grifos nossos) ⁴²

O princípio da *igualdade* ou da *proporcionalidade* e pena de morte

● C. A INOVAÇÃO DE BECCARIA E O PROBLEMA DA IMAGEM DO CONTRATO

A inovação de Beccaria consiste especificamente no fato de ter inserido em sua teoria do contrato social um princípio protegendo a liberdade e a segurança dos indivíduos e limitando (a título de fundamento) o Direito de punir mesmo após a declaração de culpabilidade. No entanto, para apreciar sua originalidade, extraíndo dela as principais consequências, o leitor deve concordar em fazer um duplo exercício a fim de neutralizar dois obstáculos epistemológicos (Bachelard). De um lado, ele deve fazer um esforço para ler a teoria do contrato social de Beccaria sem relacioná-la à sua teoria da dissuasão, colocando-a inteiramente entre parênteses. De outro, o leitor deve também neutralizar uma representação superficial, mas muito fértil, da noção jurídica de contrato. Abordaremos, aqui, esse último obstáculo.

Espontaneamente, um contrato é representado como um entendimento entre duas partes. Se uma delas não cumpre suas obrigações, o contrato é tido como nulo, ou sem efeito: a parte desviante é “retirada do contrato” por sua própria vontade e, por conseguinte, as duas partes ficam, então, “livres”. Eis o que pode ocorrer quando se transpõe essa representação para o Direito Criminal. Os indivíduos, enquanto partes do contrato, concordam com o fato de que o legislador comum definirá alguns comportamentos como “crimes”.

Porém, as partes não indicam, no contrato, que a liberdade e a segurança de um eventual culpado devam ser constituídas como princípios norteadores e de avaliação para escolher e determinar as sanções. As autoridades ficam, assim, livres (no que diz respeito ao contrato) para tratar as sanções a partir

de outras finalidades, fundamentos ou critérios. Elas não são obrigadas a escolher cuidadosamente as diversas possibilidades de sanções e sua quantidade em função dos Direitos (fundamentais) dos transgressores à sua liberdade e à sua segurança. Elas podem, assim, selecionar finalidades que são “externas” aos Direitos dos transgressores sem, ao mesmo tempo, levar em conta tais Direitos.

Para escapar dessa imagem do contrato (social), comecemos pela distinção de Hart entre normas de primeira e de segunda ordem.⁴³ As primeiras são as normas *de comportamento*. Por exemplo, “eu lhe dou isso e, em troca, você me faz aquilo”; “é proibido matar” etc. Elas se caracterizam pelo fato de que se pode compreendê-las facilmente, por si mesmas; elas não nos parecem, por assim dizer, “incompletas”. As normas de segunda ordem incluem as normas de procedimento e de sanção. Por exemplo, “é preciso dar-lhe de dois a cinco anos de prisão” etc. Essas normas, ao contrário das anteriores, parecem-nos incompletas. Hart também as denomina “normas parasitárias”, porque elas não têm sentido *sem as normas de primeira ordem*. Pode-se também dizer que elas *acrescentam e desencadeiam outros Direitos e obrigações*⁴⁴.

Para compreender melhor as normas de segunda ordem, imaginem que já existe um sistema organizado de Direito com normas de procedimento e de sanção escritas sob a forma de lei. Notem que a sanção, quando não é normatizada de alguma forma, *não é uma norma da segunda ordem*; pois, nesse caso, não se pode distingui-la, *enquanto norma*, de uma simples *reação* que acompanha a transgressão de uma expectativa normativa de comportamento. As normas de segunda ordem se destinam à seguinte situação: “nós estamos de acordo: não se deve matar. Mas, o que acontece se um de nós acaba por matar um terceiro?”. Como se pode ver, essas normas indicam *como atuar* se ocorre a transgressão e também criam Direitos e obrigações. Elas são normas para regular a forma de resolver as eventuais decepções e as transgressões.

Agora é mais fácil ver que esses *dois níveis* de normas criam Direitos e obrigações e que as partes não ficam “sem normas” *após uma transgressão* (juridicamente organizada). Aquele que transgride as normas de comportamento, de fato, não deixa seu oponente automaticamente, digamos, “livre como

um pássaro”. Sem um entendimento amigável, esse oponente corre menos riscos se ele obedecer às normas de segunda ordem do Direito.

Mas, um contrato pode prever normas de sanção por antecipação sem que isso signifique que as partes queiram ser punidas? (Kant) Sim. Mesmo em um contrato de negócios bilateral e privado e abstraindo-se as normas de segunda ordem de um sistema de Direito organizado, há uma fórmula contratual que as partes podem (ou não) inserir no contrato: ela se chama “cláusula penal” (*stipulatio poena*). Trata-se de um dispositivo jurídico consagrado pelo Direito romano. Essa cláusula nada mais é do que uma norma *de segunda ordem* prevista por antecipação e de maneira virtual em um contrato entre os indivíduos. Em geral, ela estipula uma multa que pode ser aplicada à parte que se furta ao cumprimento de uma obrigação (da primeira ordem). Por exemplo, cumprir um cronograma importante⁴⁵. Em caso de transgressão, a norma de sanção pode ser honrada voluntariamente pela parte responsável ou pode ser ratificada de maneira coercitiva diante de um tribunal.

Ora, a grande originalidade de Beccaria reside nessa reviravolta: ele introduz em sua teoria do contrato social um tipo particular de norma de segunda ordem, ou de “cláusula penal”. Essa cláusula não fixa, no entanto, uma sanção concreta, mas sim enuncia um critério de avaliação e um princípio diretivo para as normas de sanção: o da proteção máxima da liberdade e da segurança das partes. Trata-se de uma modalidade do princípio do último recurso (*ultima ratio*), mas aplicado especificamente às sanções (mais do que às incriminações) e colocado no âmbito de uma *Paramount Law*. Tal princípio engaja, assim, todas as autoridades sucessivamente; tanto o legislador comum (criação legislativa da norma de sanção) quanto o tribunal (determinação da pena e controle jurisdicional da lei).

Esse princípio desempenha, aqui, uma função equivalente àquela de um Direito Constitucional: se a lei não respeita o princípio (por exemplo, criando uma pena mínima de prisão), ela pode ser observada como “inconstitucional” (*contra* o contrato social e inválida). Esse princípio constitui um instrumento de avaliação disponibilizado aos sistemas político e jurídico. Ora, como Beccaria o define?

<p>Eis, então, sobre o que se funda o Direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante a seus súditos ⁴⁶</p>	<p>Afirmação da necessidade da coerção e critério para avaliar a sanção</p>
<p>[...] Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade; é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o Direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é Direito.</p>	<p>Princípio do respeito ao Direito à liberdade e à segurança no âmbito das sanções</p>
<p>[...] E por justiça eu não entendo mais do que o vínculo necessário para manter unidos os <i>interesses particulares</i>, que, do contrário, se dissolveriam no antigo estado de insociabilidade; todas as <i>penas que ultrapassem a necessidade de conservar esse vínculo</i> são injustas por sua própria natureza.⁴⁷ (grifos nossos)</p>	<p>Ninguém pode sair do contrato social</p>

Atentem para o fato de que Beccaria não justifica a punição de maneira usual. Com efeito, ele não se contenta em dizer:

- que “é o crime que justifica a pena” (*nulla poena sine crime*); ou outras fórmulas equivalentes: “só os culpados podem ser punidos”, “o Direito de punir nasce da transgressão à lei” etc.;
- que “a legitimidade de uma pena depende do fato de que ela seja prevista por uma lei” (*nulla poena sine lege*);

- que “a pena afliativa se justifica pelo *princípio de proporcionalidade* ou de *igualdade* com o crime”;
- que “um delito, classificado como grave na escala dos crimes, exige uma pena de prisão para dissuadir, para retribuir o mal ou para exprimir uma desaprovação”.

Beccaria busca articular a paz social à maior liberdade possível de *todos* os indivíduos, *inclusive em caso de transgressão*. Um princípio que pode também ser formulado assim: “Puna cada culpado, de modo que sua sanção prejudique o menos possível seus Direitos à liberdade e à segurança”. Visto dessa perspectiva, o Estado não pode matar simplesmente para punir; e é impróprio entender isso como “legítima defesa”. Ele tampouco pode estabelecer penas mínimas, perpétuas ou de longa duração (sem mecanismos de revisões periódicas das decisões).

Em resumo, ele não pode sacrificar o Direito à liberdade de um transgressor em nome de uma finalidade ou de uma ética que não levam em conta esse Direito. Contudo, esses limites propostos pela teoria do contrato social não foram vistos por nossos parlamentares, pois as teorias da pena (e o próprio Beccaria) fizeram com que eles não se distanciassem o bastante da perpetuidade como a sanção alternativa à morte.

Nós vimos que a teoria do contrato social de Beccaria recusa o emprego da distinção *fora/dentro*, como também da distinção amigo/inimigo de todos. Da perspectiva do Direito, a nulidade do contrato social é impensável, sob o risco de transformar a lógica do Direito em “uma guerra da nação contra um cidadão”.⁴⁸ Esse ponto de vista alternativo (“a sociedade permanece inteira”) foi também atualizado por alguns parlamentares, que passaram bem perto de sair totalmente do sistema de ideias da *racionalidade penal moderna*. O que os reteve nele parece ter sido o primeiro paradigma da teoria da reabilitação, que ainda valorizava demais a prisão como local de intervenção:

Nº 3	Quando construirmos novas prisões, futuramente tratemos, pois, os detentos como se eles fossem nossos próprios filhos, já que eles o são verdadeiramente. <i>Não podemos nos furtar às nossas responsabilidades para com eles pela única razão de que eles tenham infringido a lei; não podemos nos desinteressar por sua sorte e afirmar que eles não existem.</i> Esses homens necessitam de um meio limpo e em bom estado [...] Tratados dessa maneira, eles poderão retomar seu lugar na sociedade. ⁴⁹	O papel da prisão O todo (sociedade) é indivisível
------	---	---

Apesar de ter sido neutralizada (mas, não eliminada), a teoria do contrato social de Beccaria tinha virtualmente algumas características promissoras em relação ao debate sobre a pena de morte. Eis algumas delas:

- sua teoria se coloca no plano das normas de sanção (segunda ordem), e não no plano das normas de comportamento. Ela não tinha, então, necessidade de atribuir um *valor absoluto* à vida. O que era *absolutamente proibido* era a sanção de morte. Ela não fechava, assim, a porta à autorização do aborto, ou de algumas formas de suicídio assistido ou de eutanásia, por exemplo. E isso vale também para a legítima defesa, o estado de necessidade, a guerra etc.;
- sua teoria já não concerne, em primeiro plano, ao valor “vida”, mas sim ao valor “liberdade”. E, aqui, ela já não proíbe, de maneira absoluta, a perda da liberdade, mas rejeita o uso da prisão para realizar um projeto moral de pagar o mal com o mal, ou uma finalidade transcendente ou externa no caso em questão (dissuadir, enviar mensagens ao público, reconfortar as vítimas etc.);
- sua teoria, focando em primeiro plano a questão da liberdade, da paz social e da segurança, “economiza”, por assim dizer, outros caminhos alternativos que podem ser empreendidos contra a pena de morte, mas que são mais perigosos e arriscados por diferentes motivos. Esse é mais especificamente o caso dos argumentos baseados na dignidade humana, na pena cruel e inusitada e na discriminação racial, de sexo ou de classe.

Sua teoria do contrato social era provavelmente uma *misplaced idea*: fora de seu tempo (antes dos “Direitos fundamentais”) e fora de seu lugar (no

Direito Criminal moderno). Além disso, ela não era suficientemente bem construída e o próprio Beccaria se deslocará rapidamente em direção a uma teoria diametralmente oposta, a dissuasão, que ocupará quase todo o campo semântico de seu texto.

OS ARGUMENTOS EM ELÉTRONS LIVRES (OU SEM TEORIA ESTABILIZADA)

Voltemo-nos para dois argumentos de Beccaria contra a pena de morte, que não concernem ao contrato social nem à dissuasão: os “elétrons livres”. Um deles está ligado, contudo, à antiga teoria do Direito natural; a qual será, porém, gradativamente abandonada enquanto teoria prática da decisão política e jurídica a partir do século XIX. No material empírico, encontramos outros argumentos em elétrons livres. Um deles, frequentemente reiterado, é o do caráter irreparável do erro judiciário após a execução do presumível culpado.

• A. O ARGUMENTO DO DIREITO NATURAL

Contrariamente a Bentham,⁵⁰ Beccaria ainda recorre ao Direito natural para construir um argumento contra a pena de morte por meio da proibição (moral) do suicídio. Para tanto, ele passa do contrato social ao Direito natural e relaciona levemente um argumento ao outro. No entanto, esses dois argumentos permanecem independentes. Suponhamos, como ele dá a entender, que os indivíduos tenham concedido à autoridade, pelo contrato social, o Direito de lhes tirar a vida em caso de homicídio:

E quando isso ocorrer, como conciliar esse princípio (que autorizaria a pena de morte) com aquele que nega ao homem o Direito de se matar? E, em não havendo este Direito [pelo Direito natural perante o contrato social], como se poderia concedê-lo a outrem [a autoridade], ou à sociedade? ⁵¹	O Direito natural e a proibição do suicídio
---	---

Beccaria não considera senão duas opções no âmbito do contrato social: ou os indivíduos autorizam a pena de morte contra si ou não o fazem. Mas,

pergunta-se ele, se o Direito natural não dá aos indivíduos um Direito sobre sua vida, como eles podem cedê-lo a outrem? Beccaria não considera a possibilidade de um silêncio do contrato ou de uma outra maneira de propor o problema. Esse argumento vai envelhecer rapidamente, além de ser muito frágil. Basta supor, como o fazem Filangieri e Kant, que o contrato social não tem nada a ver com a escolha das penas para neutralizá-lo completamente.

● **B. A PENA DE MORTE COMO UMA MENSAGEM SIMBÓLICA CONTRADITÓRIA**

Beccaria oferece um outro argumento contra a pena de morte que, observado isoladamente, encontra-se fora da RPM (teorias da pena). Ele busca persuadir o leitor de que a pena de morte envia uma mensagem simbólica contraditória no que diz respeito ao valor abstrato “vida”. Com efeito – escreve ele –, a pena de morte “é nociva pelo *exemplo de crueldade* que ela dá”. Proibir o homicídio *com a ajuda da pena de morte* parece-lhe, então, “absurdo”, porque essas “[...] leis, que são a expressão da vontade geral, que reprovam e punem o homicídio, cometem-no elas próprias, e, para desviar os cidadãos do assassinato, ordenam o assassinato público”⁵². Beccaria evoca, assim, a possibilidade de um efeito emergente não intencional.

Vê-se bem que o argumento encontra-se fora da racionalidade penal moderna, pois o absurdo que ele revela também reside (sob uma forma virtual), nas teorias da retribuição e da dissuasão: “é preciso (no duplo sentido de “moralmente obrigado”, ou de “pragmaticamente necessário”) infligir o mal para causar o bem, ou fazer justiça”. De um ponto de vista empírico, esse argumento de Beccaria será atualizado e reiterado nos debates parlamentares. Eis aqui um exemplo:

Nº 4	A imposição da pena capital é um assassinato; assassinato sancionado pela lei – se quiserem –, embora o Estado que inflige a pena de morte se torne assassino. ⁵³ (parlamentar)	Mensagem simbólica contraditória
------	--	----------------------------------

O argumento é, certamente, simpático, mas, do ponto de vista de uma observação das relações entre as ideias, é fraco⁵⁴ e afronta, além disso, teorias

muito influentes; isto é, cristalizadas na cultura política e jurídica ocidental. Em confrontações de ideias como essas, o argumento estilo “elétron livre” tem fracas chances de elucidar, pois o interlocutor está mais predisposto a pensar e selecionar sua finalidade em uma “garrafa de ideias” mais institucionalizada: as teorias da pena; e estas são mais facilmente disponíveis ao espírito do que o nosso simpático elétron livre.

OS ARGUMENTOS INTERNOS À TEORIA DA DISSUAÇÃO

Os argumentos que serão apontados a seguir são todos eles internos à RPM e, especificamente, à teoria da dissuasão. É preciso ter em mente sua particularidade: quase todos eles são argumentos contra e a favor da pena de morte. Isso significa que quando um ator escolhe um deles, não se sabe ainda antecipar sua decisão a favor/contra tal pena. Certamente, Beccaria os utilizou contra a pena de morte; contudo, eles são, geralmente, argumentos bidirecionais, que dividem a própria teoria em dois “times”: a favor e contra a pena de morte.

O resultado é que a teoria da dissuasão pode se bater contra si mesma e estar segura de ganhar o jogo, não importando qual das equipes prevaleça, nem quando. Uma delas poderá se aliar à teoria da retribuição para apoiar a pena de morte, enquanto a outra poderá entrar em conflito frontal com o retributivismo. Esse tipo de confrontação é interno à RPM. Eis um exemplo:

Nº 5	A filosofia de Kant era a de que a lei da retribuição deveria ser mantida nos tribunais. Essa filosofia foi ainda dominante em nosso governo britânico e sua influência se exerceu sobre o Canadá. Urge que deixemos Kant de lado e recorramos à filosofia proposta por Jeremy Bentham, ou por alguns contemporâneos com visão utilitarista que olham para o futuro e se ocupam das questões sociais. ⁵⁵	Dissuasão contra o retributivismo a propósito da pena capital
------	---	---

● A. A PENA (DE MORTE) DEVE SER PROPORCIONAL AO CRIME

Sabemos que o conceito de proporcionalidade adquire diferentes sentidos em

Direito, e, especificamente, em Direito Criminal. Basta pensar, por exemplo, no conceito de legítima defesa, em que a noção de proporcionalidade desempenha um papel instrumental importante para determinar a aceitação/recusa desse meio de defesa contra uma acusação criminal. Precisamente no que se refere à relação entre o crime e a pena, tal conceito pode também ser construído exclusivamente para indicar que a punição não pode ser mais severa do que a gravidade do crime, podendo ser menos severa do que essa.

O conceito indica o seguinte: “No máximo, até lá; mas não além”. Nesse caso, a noção de proporcionalidade se articula com o princípio da *ultima ratio*; e não é dessa forma que as teorias da dissuasão e da retribuição vão construir esse conceito.

Com efeito, elas utilizaram a noção de proporcionalidade quase como uma “finalidade” para construir uma relação qualitativa (“o mal se paga com o sofrimento”) e quantitativa (“não basta indenizar o mal causado à vítima”) entre o crime e a pena, que é incompatível ao princípio do último recurso. Isso ocorre quando empregamos a frase “a pena deve ser proporcional ao crime” para significar que todo crime “exige uma pena aflictiva (morte ou prisão) proporcional *ao mal* causado pelo crime”; ou ainda, que um crime colocado em um nível elevado na escala de crimes (por exemplo, o homicídio) exclui *em qualquer circunstância* as sanções não carcerárias, ou não aflitivas.

Há um ditado do meio jurídico profissional canadense que expressa bem esse princípio de proporcionalidade: “if you do serious crime, you should do serious time”.⁵⁶ Pode-se descrever esse conceito como tendo duas faces em relação ao poder de punir da autoridade.

A face “permissiva” *alivia* ou exige que penas *muito severas* sejam atribuídas aos crimes considerados graves. No que se refere ao homicídio intencional, o conceito deixa ver a pena de morte (ou perpétua) como uma pena proporcional ao crime. Essa face permissiva não auxilia, portanto, as autoridades a se “autolimitar” quando o crime é grave. A face “limitadora” do conceito bloqueia as alternativas às penas aflitivas (morte e prisão), particularmente no caso dos crimes graves.

Isso significa que a face limitadora impede as autoridades de se autolimitarem no exercício da coerção, desmotivando-as a recorrer às sanções

alternativas. Trata-se de um limite ao poder discricionário, de modo a fazer um menor uso da coerção. O que segue é que essa face limitadora conseguiu conservar uma imagem “crítica” ou “liberal” por ter igualmente se oposto às penas severas para infrações menores. Nos séculos XVIII e XIX, por exemplo, ela contribuiu para desmotivar o emprego da pena de morte para os crimes contra a propriedade.

Como argumento contra a pena de morte, esse conceito de proporcionalidade vai se tornar rapidamente obsoleto. A partir de nossos dados empíricos, podemos propor três enunciados sobre esse conceito retributivo ou dissuasivo (utilitarista) de proporcionalidade:

- ele não é atualizado contra a pena de morte e tampouco contra a pena perpétua, no caso do homicídio doloso;
- ele foi atualizado explícita e implicitamente a favor da pena de morte, da pena perpétua, ou de penas muito longas de prisão (homicídio intencional);
- nos séculos XVIII e XIX, ele foi utilizado contra a pena de morte no caso das infrações contra a propriedade.

Beccaria e Bentham vão relacionar o conceito de proporcionalidade à teoria da dissuasão e também privilegiar a imagem de uma legislação ordenada segundo uma escala de gravidade de crimes e de penas aflitivas.⁵⁷ Como escreve Beccaria, “quanto mais os delitos são nocivos ao bem público, mais fortes devem ser também os obstáculos que os afastam dele”⁵⁸. Nessa nova “aritmética política”, o legislador deve agir “como um arquiteto hábil” e estabelecer, em relação às diferentes categorias de delito, “uma escala correspondente de penas, decrescendo da mais forte à mais fraca”⁵⁹. Assim, “deve aí haver, portanto, uma *proporção* entre os delitos e as penas”⁶⁰ (grifo nosso). Vê-se bem que Beccaria perdeu de vista sua teoria do contrato social e a defesa do direito à liberdade dos indivíduos.

A teoria da dissuasão oferece às autoridades três razões para construir uma escala proporcional de crimes e de penas aflitivas: a) para impedir a passagem de alguns delitos menores a outros mais graves; b) para reduzir os custos inúteis da pena; c) para ajudar as pessoas mais simples a tomar consciência da escala de valores do grupo e/ou reforçar a utilidade de uma boa conduta no espírito das pessoas honestas (impedindo, também, o sentido moral do enfraquecimento paulatino).

• **B. O ARGUMENTO DA PENA NEM ÚTIL NEM NECESSÁRIA**

Falando do interior da teoria da dissuasão, Beccaria dirá o seguinte: “se, no entanto, eu demonstrar que a morte não é nem útil nem necessária, terei vencido a causa da humanidade”⁶¹. E acrescenta: “não vejo necessidade alguma de destruir um cidadão, *a não ser que* sua morte fosse *o único* e verdadeiro freio capaz de impedir que os outros cometessem delitos”⁶² (grifos nossos). A teoria, como se percebe por essa formulação, consente em se dividir em duas (*a favor/ contra*) em função das observações (da primeira ordem) que cada observador faz. Mas, esse consentimento tem seu preço: se a autoridade seleciona a opção *contra* a pena de morte e se ela quer continuar se baseando na teoria em segundo plano, ela deve selecionar também, em compensação, a opção *a favor* da pena perpétua, ou, ao menos, para penas muito longas de prisão (para os crimes graves).⁶³

Trata-se do “acordo global”, o *package deal*, oferecido por essa teoria prática: “[...] a intensidade da pena de [prisão] perpétua, substituindo a pena de morte, contém o que basta para dissuadir o espírito mais determinado”⁶⁴. Essa alternativa se imporá como se fora uma evidência:

<p>Nº 6</p>	<p>Caso se suprimisse a pena de morte, por qual penalidade ela seria substituída? Só restaria a reclusão à perpétuidade. Mas, para tornar essa reclusão suficientemente repressiva, [...] seria preciso dotá-la de uma excessiva severidade; seria necessário confinar o condenado em uma prisão celular durante toda a sua vida. ⁶⁵</p>	<p>A alternativa morte/ perpétuidade</p> <p>O dilema do humanismo (teoria da dissuasão)</p>
-------------	---	---

Se a alternativa da teoria da dissuasão leva alguns observadores (nº 6) a hesitar sobre o caráter humano/desumano da perpétuidade, outros vão observar o mundo como o fez Beccaria:

Nº 7	A prisão perpétua é preferível. Este castigo tem uma influência mais salutar e é um meio eficaz contra os crimes. A condenação é mais certa, e é a certeza, mais do que a natureza do castigo, que exerce uma influência salutar. A duração da pena faz dela um castigo mais severo. ⁶⁶	Útil/inútil Certeza/ tipo de pena ⁶⁷ Severidade física/ temporal (duração)
------	--	---

A teoria oferece às autoridades a alternativa morte/perpetuidade e lhes dá bons motivos para ir numa direção *ou* na outra: algumas autoridades considerarão a pena de morte como mais eficaz do que a pena perpétua; já outras, o contrário, verão a pena de morte como mais humana do que a pena perpétua; outras, ainda, o inverso; algumas autoridades entenderão que a pena perpétua *poderia ter sido* mais eficaz do que a pena de morte *se ela fosse uma verdadeira pena perpétua*, mas como os condenados são libertos depois de oito ou dez anos, ela não o é. E assim sucessivamente.

De novo: um observador externo pode duvidar da veracidade das motivações (pessoais) das autoridades, mas é a teoria da pena que motiva institucionalmente suas seleções (quer a motivação pessoal seja autêntica ou não). E a evocação da teoria reconduz a teoria:

Nº 8	No que concerne aos meus sentimentos pessoais, meu temperamento e meu instinto me fariam votar a favor desse projeto de lei [abolicionista]; contudo, o meu senso de dever me leva a compreender que eu não posso fazê-lo [...]. Se eu estivesse convencido de que uma outra espécie de punição é capaz de proteger tão bem a sociedade canadense, seria meu dever recomendar a sua adoção. ⁶⁸	A pena de morte protege melhor a sociedade (dissuasão)
------	---	--

Essa distinção entre pena útil/inútil é uma das maneiras pelas quais a teoria da dissuasão se permite uma leve vinculação com a ideia de moderação

das penas. No caso do homicídio, o risco é o de ver a perpetuidade aparecer como modelo de “moderação”:

Nº 9	[...] a pena de morte não se desviou do assassinato mais do que dos castigos moderados. A meu ver, a pena perpétua é uma medida preventiva tão eficaz quanto a pena de morte. ⁶⁹	Moderação e perpetuidade
------	---	--------------------------

A teoria abre suas portas, portanto, para uma batalha visceral. Os debates parlamentares pela abolição/manutenção dessa pena retomarão (de maneira preocupante) números, exemplos comparativos e referências científicas para demonstrar a utilidade/inutilidade, a necessidade/não necessidade da pena de morte. A teoria da dissuasão contribui, assim, para a abolição/manutenção dessa pena sem modificar ou abrandar seus enunciados. As possibilidades de combinações de ideias são múltiplas. Por exemplo, caso se experimente a pena (de morte) como inútil, também se pode experimentar o conceito de proporcionalidade como um obstáculo à mudança e identificá-lo às represálias:

Nº 10	A meu ver, a única explicação lógica para a manutenção da pena capital em nossa sociedade é um desejo de represálias [...] e de vingança [...]. É proporcionar a pena ao delito [...]. O criminoso tendo matado, será preciso, então, matá-lo. ⁷⁰	A proporcionalidade como vingança
-------	--	-----------------------------------

● **C. A CERTEZA É MAIS IMPORTANTE DO QUE A SEVERIDADE**

A teoria (moderna) da dissuasão oferece três distinções para observar as penas, possibilitando-lhe articular-se, em diferentes níveis, com a ideia de moderação. Tais distinções são: útil/ inútil, severidade/certeza e severidade física/temporal. Abordaremos, agora, a segunda. Ela parece ter uma particularidade: ao contrário das outras, ela se apresenta empiricamente sob a forma de um argumento que não se presta a um uso *a favor* da pena de

morte e que consiste em deslocar a força dissuasiva da pena, de sua severidade para sua “certeza”. Isso possibilita aos atores experimentar uma pena como sendo desmesurada (demasiado severa) e propor, em contrapartida, a “certeza” de uma *outra pena* (ou *quantum*) como uma maneira de ser mais eficaz, com uma quantidade “mais bem dosada” de sofrimento. A teoria diz o seguinte às autoridades: se a pena é *aflitiva e certa*, ela pode ser *moderada* em sua *severidade*.

Como tal, o argumento não divide a teoria em duas. Evidentemente, isso não impede que a autoridade opte pela severidade e pela certeza; ou que diga que na falta de um grau razoável de certeza, vale mais basear-se também na severidade. Toda distinção oferece ainda como opção a outra face. De um ponto de vista lógico, esse argumento pode ser utilizado também *contra* a pena perpétua e *contra* as longas penas de prisão. A incorporação desse argumento pela **versão moderna** da teoria leva-a a abandonar seu enunciado pré-moderno, segundo o qual uma menor certeza da pena deveria ser compensada por sua maior severidade. De novo: as autoridades não são vinculadas por essa nova versão da teoria.

Essa é, indubitavelmente, a distinção mais “liberal” da teoria da dissuasão. Ela será, então, alimentada pelas Ciências Sociais, certamente de maneira um tanto ingênua, pois o modo de pensar da teoria não evolui por meio desse argumento, mesmo quando se obtém a reforma desejada:

Nº 11	Todos os criminologistas [sic] concordam em dizer que a certeza – e não o rigor – da punição <i>é o que mais detém os criminosos.</i> ⁷¹ (grifos nossos)	Severidade/ certeza
-------	---	------------------------

● **D. O TEMPO PERMITE FAZER SOFRER DE MANEIRA HUMANA**

Desde a segunda metade do século XVIII, opera-se uma mudança de significado dos conceitos cosmológicos, sociais e políticos importantes⁷². A sociedade moderna experimentará, assim, uma certa tendência a descrever seus próprios sistemas como “humanos” – “o que nos permite repensar, com nostalgia, sobre os bárbaros”⁷³ e valorizar o que foi selecionado pela moder-

nidade. O Direito Criminal e a lei criminal terão, todavia, dificuldade em fazer valer essa nova forma de autorrepresentação⁷⁴. Com efeito, como representar as penas da lei criminal como “humanas” e, entre elas, a pena de morte e a pena perpétua?

Do ponto de vista de Beccaria, essa questão toma a forma de um dilema bastante complicado. De um lado, a teoria da dissuasão lhe pede para defender que o peso da sanção de substituição seja pelo menos igual, senão “mais pesado”, que o peso da pena de morte; de outro lado, ele busca pessoalmente defender a causa do humanismo – o que, pelo menos à primeira vista, parece incompatível com a promoção das penas severas. Em resumo, como se pode articular a teoria da dissuasão com o humanismo?

A solução de Beccaria precede seu tempo e adquire um valor emblemático, independentemente de sua posição em relação à pena de morte. Inspirando-nos em um neologismo proposto por Norbert Elias, diremos que Beccaria vai descobrir e propor um mecanismo cognitivo que nós chamaremos de “*temporização do sofrimento-severidade*” no que se refere às sanções⁷⁵. “*Temporização*” significa, aqui, “aposta na dimensão temporal”. Por esse mecanismo, ele vai propor um outro *registro de observação* do sofrimento e da severidade, fazendo-os passar de um registro “físico” a um registro puramente temporal. A consigna é, aqui, a seguinte: “O tempo faz (também, ou melhor) sofrer”. O superlativo “melhor” permanece indeterminado; cada ator pode aí acrescentar seu próprio sentido.

Em outras palavras, Beccaria vai colocar a severidade (e o sofrimento) mais “no tempo” do que na dor ou no sofrimento físico (prolongado ou momentâneo) do culpado. Em seguida, ele vai, ainda, promover essa nova forma de sofrimento. Para a teoria (moderna) da dissuasão, valorizar essa forma de sofrimento no tempo significa simultaneamente ingressar em uma *depreciação* do tempo de cárcere por oposição a uma *hiperapreciação* do tempo *industrial* no ambiente da prisão.⁷⁶ *Tarifas inflacionistas* serão, assim, criadas para os crimes (graves). Começemos pela distinção severidade (física)/ duração:

<p>“Não é a severidade da pena que produz o máximo efeito no espírito dos homens, <i>mas sim sua duração.</i>”⁷⁷</p> <p>[...] com a detenção perpétua, “um único delito dá muitíssimos e <i>duradouros</i> exemplos⁷⁸ (grifos nossos).</p>	<p>A “<i>temporção</i>” do sofrimento-severidade</p>
--	--

A teoria da dissuasão oferece, assim, às autoridades política e jurídica a possibilidade de ver a pena aflitiva de prisão (projetada no tempo) como sendo simultaneamente severa ou sofredora e “humana” no sentido de “sem dor física, prolongada ou momentânea, intencionalmente infligida pela autoridade”. Surgirá, todavia, uma nova bifurcação (independente) sobre a maneira de ver o encarceramento (rigor/não rigor das condições de prisão):

<p>Nº 12</p>	<p>Nós podemos, de maneira muito mais impressionante, denunciar a abominável conduta dos assassinos, professando nossa profunda fé no caráter sagrado da vida, e comutando a pena de morte pela prisão perpétua.⁷⁹</p>	<p>“Temporção” do sofrimento-severidade (ver nº 7)</p>
--------------	---	--

Evidentemente, isso não significa que a autoridade vá efetivamente conceber a severidade dessa maneira: isso não é senão uma oferta virtual da teoria prática; ela não pode impor essa escolha aos sistemas psíquicos das autoridades. Contudo, a atualização dessa escolha permite que as autoridades continuem a valorizar a intenção de “fazer sofrer” o culpado (teorias da pena); ou de dar a impressão de que ela o faz sofrer ao se proteger da acusação de querer impor a ele um sofrimento *físico*, ou de estar em vias de lhe infligir uma pena *desumana* (ver nos itens 5, 7 e 9).

Certamente, a condição estrutural de possibilidade desse mecanismo é o advento do encarceramento: sem prisão, a “temporção” do sofrimento perde sua dimensão aflitiva mais visível; o registro permanece principalmente

“físico”, ou então projetado no tempo, mas sob a forma de restrições e de vigilância. Nesse sentido, o mecanismo cognitivo de Beccaria precede as condições de possibilidade de seu tempo.

É preciso distinguir bem entre aquilo que motivou a formulação do mecanismo e ele mesmo. Enquanto tal, ele não é comparativo, e é “neutro”: ele não é nem *contra* nem *a favor* da pena de morte. Ele diz somente que há, doravante, *duas maneiras* de observar o sofrimento-severidade a ser infligido por uma pena: com/sem o auxílio do tempo.

O mecanismo não afirma que a “temporização” do sofrimento faça sofrer mais/menos que a dor física; ele já não qualifica a aposta no tempo como mais/menos humana do que o sofrimento físico; e tampouco o sofrimento no tempo como um bom/mau sofrimento, comparativamente ao sofrimento físico. Cada sistema psíquico fica “livre” para fazer suas escolhas posteriores. Com efeito, tudo isso exige seleções adicionais da parte do observador. Consequentemente, a invenção desse mecanismo cognitivo já não elimina (e menos ainda, automaticamente) a antiga maneira de ver a inflicção do sofrimento; ela apenas cria uma alternativa. Quando um observador seleciona uma das duas faces da distinção (física/temporal), ele suspende simplesmente o outro intervalo de tempo (sem eliminá-lo como virtualidade). Isso também vale, evidentemente, para os sistemas psíquicos dos culpados: eles também podem escolher um ou outro registro para observar seu próprio sofrimento (atual ou futuro) e para indicar sua preferência (“eu prefiro a morte à perpetuidade”, ou o inverso).

Beccaria⁸⁰ não só descobre esse mecanismo e o disponibiliza a todos, como vai ainda acrescentar suas próprias preferências no âmbito de uma comparação entre a pena de morte e a pena perpétua, dizendo, então, que:

- a pena de morte oferece um “espetáculo terrível, mas *momentâneo*”⁸¹; enquanto a pena perpétua se caracteriza por “tormentos *incessantes*”;
- a força dissuasiva da perda da liberdade é maior do que a da perda da vida para os criminosos potenciais, pois a primeira dura mais tempo e tem a vantagem de “assustar mais aquele que a vê do que aquele que a sofre”⁸²;
- as duas penas são cruéis, mas não o são da mesma forma: a crueldade da pena de morte está concentrada em um momento [e sobre o físico], enquanto a da pena perpétua é distribuída a conta-gotas [e projetada no tempo];

- a pena perpétua é mais humana – faz “triunfar a causa da humanidade”⁸³ – precisamente porque “os momentos infelizes que ela comporta [...] se estendem por toda a vida”⁸⁴, em pequenas doses – o que tem o efeito de transformar essa crueldade em uma *boa crueldade*.

Ele afirmará, então, que a severidade da pena expressa por sua duração no tempo (prisão perpétua, penas longas) é, no fundo, *e apesar das aparências em contrário*, mais cruel (para aqueles que observam) e mais útil para dissuadir do que a severidade física e irreparável da pena de morte. Ele fará, portanto, a promoção das penas longas de prisão para os crimes graves:

<p>Não é o espetáculo terrível mas passageiro da morte de um celerado, e sim o longo e sofrido exemplo de um homem privado da liberdade e que, convertido em besta de carga, recompensa com seu trabalho aquela sociedade⁸⁵ que ofendeu, que constitui o freio mais forte contra os delitos.</p>	<p>Promoção da “temporização” do sofrimento</p>
---	---

Beccaria opõe aqui dois Direitos fundamentais: os Direitos à vida e à liberdade. E ele levará (sua escolha) a teoria da dissuasão a defender de maneira absoluta o Direito à vida, hipotecando de modo igualmente absoluto (perpetuidade) o Direito à liberdade. Teria ele esquecido sua teoria do contrato social?

Notem a forma de argumentação dessa passagem: Beccaria tenta nos convencer de que “o melhor na aparência (a pena perpétua) é o pior na realidade”. Um tipo de argumentação que será retomado mais tarde por outros reformadores, para dizer que as sanções substitutivas ao encarceramento são, muitas vezes, também elas, “mais severas do que a prisão”. O argumento é fácil de construir, uma vez que cada sistema psíquico tem o seu modo de experimentar a/ sua pena.

Percebe-se bem o motivo e a armadilha dessa argumentação. Quando se quer aprovar uma reforma extraordinária, não se dá atenção ao preço elevado que se paga no plano das ideias: ela pode passar facilmente, mas o antigo modo de pensar também pode; ela é rerepresentada e reestabilizada sucessivamente, o que implica “perigos” subsequentes. A armadilha reside no fato de rerepresentar o mesmo sistema de pensamento mesmo quando se obtém a reforma desejada.

Beccaria vai também mobilizar o código bom/ mau para observar os dois registros (físico/ temporal) e as duas penas (morte/ perpetuidade). De modo equivalente à antiga distinção entre o “bom/ mau pobre”, ele nos convida a distinguir, então, entre a “boa/ má crueldade”.⁸⁶ A pena perpétua, aquela que coloca o sofrimento na dimensão temporal, é codificada como “boa crueldade”: ela faz triunfar a causa da humanidade em oposição à pena de morte, que faz um uso demasiado intenso da crueldade física, transformando-a em uma má crueldade.

<p>se alguém disser que a [reclusão] perpétua é tão dolorosa quanto a morte, e, portanto, igualmente cruel, responderei que, somando todos os momentos infelizes [que ela comporta], ela o será talvez mais, mas esses momentos se distribuem pela vida toda, enquanto a morte exerce toda sua força em um só momento; e é essa a vantagem da pena [de reclusão] que amedronta mais quem a vê do que quem a sofre [...]⁸⁷</p>	<p>A boa e a má crueldade</p>
--	-------------------------------

A ideia de que o mal é *absolutamente necessário* para causar o bem, ou fazer justiça, foi selecionada pelas teorias da pena. Ora, se isso é verdade, é preciso concluir que deve existir um “bom mal”, aquele que causa o bem. Para falar como Honneth⁸⁸, nós nos atribuímos a possibilidade de observar algumas formas atuais de “ultrajes” como “não ultrajes”, ou como “bons ultrajes”, e isso graças à dimensão *cognitiva* do simbolismo (as teorias da pena).

Todos esses argumentos dividem os parlamentares em grupos, e, depois, em subgrupos. O argumento segundo o qual a pena perpétua teria uma maior força dissuasiva do que a pena capital não é evidente e nem é aceito por todos:

Nº 13	Quanto ao temor da pena de morte comparativamente ao do encarceramento, por que são enviadas todas essas petições a favor da clemência [...], se a pena capital não é mais terrível do que a prisão perpétua? ⁸⁹	Pena de morte como mais dissuasiva
-------	---	------------------------------------

E esse argumento sobre a diferença na força dissuasiva divide os humanistas em dois campos. Alguns deles vão preferir, então, a pena de morte, porque ela seria menos temível; ou porque a pena perpétua, para ter uma força dissuasiva equivalente, deveria ser muito mais longa e rigorosa em suas condições de encarceramento. As teorias da pena conseguem, assim, realizar (enquanto isso durar) o inverossímil: no caso do homicídio, mesmo a pena de morte pode ser observada como “humana”, e, portanto, “moderna”:

Nº 14	Se o enforcamento é um crime, cometem-se piores do que esse contra a humanidade. Encarcerar um homem, retirando-lhe tudo, exceto a vida: eis o que se pratica frequentemente e o que se aprova infalivelmente; ainda que, a meu ver, isso seja pior do que tirar a vida de um homem. ⁹⁰	A pena de morte como mais humana
-------	--	----------------------------------

É verdade que, a partir de então, a pena cruel corre o risco de ser interpretada como sendo, sobretudo, a pena “física”, “passível de levar ao suicídio”, ou ainda, de causar danos psíquicos irreparáveis ou duradouros ao estado mental dos condenados. Daí a dificuldade dos tribunais e dos governantes em “ver” a simples dimensão temporal (tempo de cárcere) e algumas condições de vida na prisão como sendo um “tratamento cruel”.

Esse mecanismo cognitivo de “temporização” do sofrimento-severidade é paradoxal: ele permite dizer que “o sofrimento é longo”, mas também que “o tempo de prisão passa rapidamente”, e que, no fundo, “ele paga com desconto o mal praticado”. As teorias da pena favoráveis à exclusão social (ou indiferentes à inclusão) se encontram reconciliadas com o humanismo; e a depreciação do tempo carcerário, reiterada.

Talvez o leitor tenha podido ver melhor como o sistema de pensamento da *racionalidade penal moderna* (teorias da pena) foi institucionalizado, ganhou um lugar hegemônico nos debates e decisões (parlamentares) sobre as sanções em matéria criminal e afastou de seu campo semântico de intervenção o sistema de Direitos Humanos. Nós também nos adaptamos à ideia de infligir intencionalmente sofrimentos (físicos/temporais) para causar o bem. O sistema de pensamento dos Direitos Humanos acabará por se apropriar do debate sobre a “pena de morte” (inclusão da questão) em um grande número de jurisdições ocidentais, provavelmente depois que as teorias da pena tenham, por si mesmas, abandonado-a à sua própria sorte (exclusão da questão).

Os Direitos Humanos estão frequentemente presentes nas questões de inquérito policial e de procedimento, mas, mesmo aí, a confrontação direta é usualmente evitada. Além disso, os Direitos Humanos só raramente requerem um procedimento “fechado” (não “publicizado”), de modo a evitar a estigmatização pública (valorizada pela teoria da dissuasão), ou a possibilidade de autorizar o perdão da vítima, ou a reconciliação entre as partes. Aliás, mais frequentemente, eles reivindicam o contrário: que a estigmatização seja intensa e visível, que o perdão à vítima seja visto como uma escolha privada dos sistemas psíquicos e que a reconciliação seja feita *após* a punição, de modo a proteger a sociedade, fazer justiça e desaprovar o comportamento. Em resumo, os dois sistemas “organizam”, de modo contingente, seu modo de entrar em conflito e de, ao mesmo tempo, colaborar mutuamente.

Do ponto de vista da teoria dos sistemas, uma hipótese de reconstrução seria a seguinte: o sistema dos Direitos Humanos continua certamente sendo uma alternativa virtual, mas, talvez, apenas indireta, no sentido de que ele não pode tomar o lugar das teorias da sanção, nas operações dos governantes, para criar normas de sanção; nem nas operações dos tribunais para elaborar o Direito em matéria de sanções. Ele deve ser, isso sim, atualizado de modo a (auto)motivar o sistema organizado do Direito Criminal (doutrina e tribunais) a repensar inteiramente suas teorias da pena; como também a (auto)motivar os governantes a colaborar com o sistema de Direito Criminal na tarefa de criação das leis e da gestão prática das sanções.

A dificuldade reside no fato de que, para atualizar os Direitos Humanos nessa direção, é preciso começar por se autoconvencer, ou seja, por se livrar

– para falar como Kant e Foucault (1984, p. 564) – do “estado de minoridade” produzido por essas teorias modernas da pena; estado esse que o sistema de Direitos Humanos aprendeu a instrumentalizar para sua própria promoção (cega). É preciso sair, portanto, desse estado de minoridade, levando, porém, essas teorias da pena muito a sério; ou seja, como importantes obstáculos cognitivos aos Direitos Humanos, à evolução do Direito Criminal e também à evolução de uma filosofia política aplicada às sanções. Mesmo a Filosofia e as Ciências Sociais ainda não chegaram lá.

NOTAS

1 Agradecemos ao Conselho de Pesquisa em Ciências Humanas do Canadá pelo apoio financeiro para a realização deste projeto, bem como ao nosso pesquisador associado do Laboratório, o historiador Gérald Pelletier, por sua leitura atenta e suas sugestões. Publicado em : CARTUYVELS, Y.; DUMONT, H.; OST, F.; VAN DE KERCHOVE, M. & VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.). *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles: Bruylant et Facultés universitaires Saint Louis, 2007, p. 291-336.

2 Sobre essa questão, ver: LUHMANN, N. “Gesellschaftsstruktur und Semantische Tradition”. In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik – Studien zur Wissenssoziologie der modernen gesellschaft*. Band 1. Frankfurt: Suhrkamp, 1980. Agradecemos ao nosso colega Guilherme Figueiredo Leite, professor da Fundação Getulio Vargas – FGV (RJ, Brasil), por ter chamado nossa atenção para o referido artigo.

3 PIRES, A. P. “Quelques obstacles à une mutation du droit pénal”. In: *Révue générale du droit*, nº 26. vol. 1. Ottawa: Éditions Wilson & Lafleur, 1995.

4 *Ibid idem*, p. 135.

5 Esta última abordagem é privilegiada por um de nós em uma pesquisa em curso. [N.T.: Os autores referem-se a: GARCIA, M. *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*. 2010. Tese de Doutorado em Sociologia – Université du Québec à Montréal, Montréal (Québec, Canadá).

6 Agradecemos à nossa colega, Prof^a Maíra Machado, da Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas – FGV Direito SP pelas sugestões e esclarecimentos referentes a este exemplo.

7 No Brasil, os crimes hediondos nada mais são do que a escolha entre uma lista de oito crimes graves, dos quais sete fazem parte do código criminal e um, o genocídio, de uma lei especial. Ver: FRANCO, A. S. *Crimes Hediondos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 104.

8 Devemos esta imagem a Poncela e Lascoumes. Ver: PONCELA, P. & LASCOUMES, P. *Réformer le code pénal: où est passé l'architecte?* Paris: PUF, 1998.

9 SCHWARZ, R. “Misplaced Ideas”. In: *Essays on Brazilian Culture*. London: Verso, 1992.

10 BECCARIA, C. *Des délits et des peines*. Genève: Librairie Droz, 1965.

11 Ainda hesitamos quanto à possibilidade de nos referirmos aos Direitos Humanos como um sistema de ideias. Porém, eles certamente constituem uma instituição normativa e estamos diante de um tipo de comunicação que se distingue dos demais por meio de um código binário conforme/ não conforme aos Direitos Humanos.

12 SAUVAGEAU, J. *Le discours parlementaire sur la peine de mort: essai de criminologie réflexive du passage à l'acte législatif*. Tese de Doutorado em Criminologia – Universidade Católica de Louvain, Louvain-la-Neuve, Bélgica, 1998.

13 *Idem*. *Débats au sujet de la peine de mort au Parlement canadien (1914-1937)*. Documento de trabalho inédito – Laboratório de pesquisa sobre a racionalidade penal. Universidade de Ottawa, Ontário, Canadá, 1995.

14 Isso continua válido para a teoria da reabilitação, pois é a partir dela que se atualiza a distinção corrigível/ incorrigível para classificar os transgressores, conforme afirma Foucault.

15 Uma seleção desse gênero é, certamente, curiosa e mal explicada, do ponto de vista de todas as teorias da pena. Alguns parlamentares notaram esse problema.

16 Eis aqui o excerto: “A Declaração canadense dos Direitos do homem menciona claramente que todo detento tem o Direito de saber as razões pelas quais ele foi detido, e, igualmente, o Direito de se comunicar com seu procurador. Foi demonstrado, em várias circunstâncias, que alguns detentos eram frustrados em seu Direito de se comunicar com seu procurador... Em minha opinião, essa maneira de agir, bastante frequente, [é] incompatível com a Declaração canadense dos Direitos do homem [...]”. (CHOQUETTE, M. *Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes du Canada* (doravante, DCC), 1967, p. 1235).

17 Eis a intervenção de um deputado canadense, M. R. N. Thompson: “Matar um homem é sempre um ultraje; um ultraje a Deus, o criador, à humanidade, à vítima, aos familiares da vítima, à sociedade e ao governo estabelecido. A vida, sendo sagrada, deve ser protegida das transgressões e do assassinato. [...] O Estado deve punir severamente, de morte, às vezes, aqueles que desprezam o caráter sagrado da vida dos outros. Estou convencido de que é necessário para o bem da sociedade.” (DCC, 1997, p. 4095-4096).

18 Isso se harmoniza bem com o que nós sabemos sobre a história do conceito. Para um excelente panorama, ver: SARLET, I. W. “Dignidade da pessoa humana: Partes I e II” In: BARRETO, V. de P. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

19 ZIMRING, F. E. *The Contradictions of American Capital Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 27.

20 *Ibid idem*.

21 GARLAND, D. “Capital Punishment and American Culture”. In: *Punishment & Society*, vol. 7, nº 4, 2005.

22 ROUSSEAU, JJ. *Du contrat social*. Paris: Seuil, 1977.

23 BECCARIA, C. *Des délits et des peines*. Genève: Librairie Droz, 1965.

24 CHEVALIER, J. *Histoire de la pensée 3: La pensée moderne de Descartes à Kant*. Paris: Flammarion, 1961, p. 554.

25 HOBBS, T. *Léviathan*. Paris: Sirey, 1983, parte II, cap. VII, p. 177.

26 ROUSSEAU, JJ. Discours, 181 (*apud* SIMEON, JP. “La démocratie selon Rousseau”. In: _____ . *Du contrat social*. Paris: Seuil, 1977, p. 63.

27 *Ibid idem*, 1P, C8: 188.

28 SIMEON, JP. *Ibidem*, p. 66

29 ROUSSEAU, JJ. *Ibidem*. Livro II, cap. V, p. 202; grifos nossos.

30 FOUCAULT, M. *Surveiller et punir*. Naissance de la prison. Paris: Gallimard, 1975, p. 104.

31 *Ibid idem*, p. 93.

32 LAPRISE, M. G. DCC, 1967, p. 4093.

33 COMTOIS, M. J.-R. DCC, 1967, p. 4162.

34 Como veremos, Beccaria não atualizou essa segunda proibição em razão de sua teoria da dissuasão, mas nós sustentamos que ela é uma consequência lógica de sua teoria do contrato social. Ver: PIRES, A. P. “La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII siècle”. In: DEBUYST, C. & DIGNEFFE, F. & PIRES, A. P. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine 2: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Brussels: De Boeck Université, 1998.

35 Del Vecchio mostra que existe um mal-entendido entre dois princípios, igualdade e reciprocidade. Vide: DEL VECCHIO, G. *La Justice – La Verité: Essais de philosophie juridique et morale*. Paris: Dalloz, 1955.

36 FILANGIERI, G. *La science de la législation*. vol. 4. Paris: Cuchet, 1788, cap. IV, p. 11-12.

37 FICHTE, J. G. *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science 1796-1797*. Paris: PUF, 1984, p. 270.

38 KANT, E. (1797). *Métaphysique des mœurs*. Première partie: Doctrine du droit. Paris: J. Vrin, 1979, parte II, seção 1, E, p. 214.

39 *Ibid idem*, parte II, seção 1, App. § 5, p. 246. A única maneira de interpretar essa passagem de Kant é em relação à pena. Ele não aceitaria sob pretexto algum a condenação de um inocente.

40 HEGEL, G. W. F. *Principes de la philosophie du droit*. Paris: PUF, 1998, p. 181.

41 MUYART de VOUGLANS, PF. *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines*. Lausanne: Desaint Librairie, 1766.

42 *Ibid idem*, p. 87.

43 HART, H. L. A. *Le concept du droit*. Brussels: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1988. Adaptamos, aqui, a linguagem original de Hart (normas primárias/secundárias) às críticas feitas por GAVAZZI, G. *Norme primarie e norme secondarie*. Torino: G. Giappichelli, Memorie dell’Istituto Giuridico, Universidade de Torino, 1967. Ver também: PIRES, A. P. “La loi de procédure”. (Comentário). In: ROBERT, P. (org.). *La création de la loi et ses auteurs. L’exemple du droit pénal*. Onati (Anais 3). The Onati International Institute for the Sociology of Law, 1991.

44 Ver: GAVAZZI, G. *Norme primarie e norme secondarie*. Torino: G. Giappichelli, Memorie dell’Istituto Giuridico, Universidade de Torino, 1967.

45 MONTEIRO, W. de B. *Curso de Direito Civil 4: direito das obrigações*. (1ª parte). São Paulo: Saraiva, 1968, p. 216-237.

46 BECCARIA, C. *Des délits et des peines*. Genève: Librairie Droz, 1965, p. 9

47 *Ibid idem*, § 2, p. 10.

48 *Ibid idem*, § 28, p. 48. Nesse aspecto, Beccaria se distancia de Hobbes e, possivelmente, de Rousseau. A proteção do grupo passa pela proteção do transgressor e vice-versa. Ele abandona o paradoxo do todo contra a parte estabelecido pelas teorias da dissuasão e da retribuição.

49 BIGG, M. F. J. DCC, 1967, p. 4150. Esse tipo de proposição é também encontrado nos parlamentares quando se trata da justiça dos jovens. Ver: TREPANIER, J. & TULKENS, F. *Délinquance et protection de la jeunesse: Aux sources des lois belge et canadienne sur l'enfance*. Brussels: De Boeck Université, 1995.

50 Sobre esse ponto, ver: HART, H. L. A. "Bentham and Beccaria". In: _____(org.). *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

51 BECCARIA, C. *Des délits et des peines*. Genève: Librairie Droz, 1965, § 28, p. 48.

52 *Ibid idem*.

53 BICKERDIKE, M. DCC, 1915, p. 132 *apud* SAUVAGEAU, J. *Débats au sujet de la peine de mort au Parlement canadien (1914-1937)*. Documento de trabalho inédito. Laboratório de pesquisa sobre a racionalidade penal, Universidade de Ottawa, Ontário, Canadá, 1995.

54 Não podemos explicitar, aqui, as razões de sua fraqueza.

55 BLAIR, M. DCC, 1936, p. 1093 *apud* SAUVAGEAU, J. *Débats au sujet de la peine de mort au Parlement canadien (1914-1937)*, Documento de trabalho inédito. Laboratório de pesquisa sobre a racionalidade penal, Universidade de Ottawa, Ontário, Canadá, 1995.

56 Agradecemos a André Jodouin (Faculdade de Direito da Universidade de Ottawa) por ter nos lembrado este ditado.

57 Kant e Hegel vão relacionar esse conceito à teoria da retribuição e privilegiar seja a imagem da lei de talião, seja a da equalização (abstrata) da relação entre crime e pena.

58 BECCARIA, C. *op. cit.*, §6, p. 15.

59 *Ibid idem*, §6, p. 16.

60 *Ibid idem*.

61 *Ibid idem*, §28, p. 48.

62 *Ibid idem*, §28, p. 49.

63 Foucault já havia enfatizado que, em relação à pena de morte, “como em outras, a forma de suprimir tem, no mínimo, tanta importância quanto a supressão”. Para retomar suas palavras, a pena de morte e a pena perpétua são, ambas, “penas definitivas” (no plano das ideias).

64 BECCARIA, C. *op. cit.*, §28, p. 50.

65 LETTENHOVE, J. K. de. *Chambre des représentants de Belgique*, 1849, p. 46 *apud* SAUVAGEAU, J. “Le discours parlementaire sur la peine de mort: essai de criminologie réflexive du passage à l’acte législatif”. Tese de Doutorado em Criminologia – Universidade Católica de Louvain, Louvain-la-Neuve, Bélgica, 1998, p. 238.

66 BICKERDIKE, M. DCC, 1917, p. 340 *apud* SAUVAGEAU, J. *Ibidem*, p. 240-241.

67 Esta distinção é potencialmente mais interessante do que a de Beccaria entre severidade/certeza, embora sua divergência efetiva dependa também do sentido que se atribuirá à palavra (médiun) “castigo”. Notem que, aqui, as proposições enfatizam mais a certeza da condenação do que a da pena, embora uma compreensão fora da teoria da dissuasão continue sendo extremamente improvável.

68 LAPOINTE, M. DCC, 1924, p. 1284 *apud* SAUVAGEAU, J. *Débats au sujet de la peine de mort au Parlement canadien (1914-1937)*. Documento de trabalho inédito. Laboratório de pesquisa sobre a racionalidade penal, Universidade de Ottawa, Ontário, Canadá, 1995.

69 GRAHAM, M. DCC, 1916, p. 2062 *apud* SAUVAGEAU, J. *Débats au sujet de la peine de mort au Parlement canadien (1914-1937)*. Documento de trabalho inédito. Laboratório de pesquisa sobre a racionalidade penal, Universidade de Ottawa, Ontário, Canadá, 1995.

70 PEARSON, M. DCC, 1967, p. 4371.

71 BICKERDIKE, M. DCC, 1916, p. 2053-2054 *apud* SAUVAGEAU, J. *Débats au sujet de la peine de mort au Parlement canadien (1914-1937)*. Documento de trabalho inédito. Laboratório de pesquisa sobre a racionalidade penal, Universidade de Ottawa, Ontário, Canadá, 1995.

72 LUHMANN, N. J. von B. In: _____. *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, vol. 4. Frankfurt: Suhrkamp, 1995, p. 138.

73 *Ibid idem*, p. 139-141.

74 PIRES, A. P. “La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII siècle”. In: DEBUYST, C.; DIGNEFFE, F. & PIRES, A. P. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine 2: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Brussels: De Boeck Université, 1998, p. 43.

75 ELIAS, N. *Du temps*. Paris: Fayard, 1997, p. 82.

76 Nossos resultados vão, assim, de encontro às observações do historiador americano David Rothman, que chamou nossa atenção especificamente para a “depreciação do tempo” (e da liberdade) na justiça criminal (ROTHMAN, D. “Doing Time: Days, Months and Years in the Criminal Justice System”. In: GROSS, H.; von HIRSCH, A. *Sentencing*. New York: Oxford University Press, 1981). Ver também: COHEN, S.; TAYLOR, L. *Psychological Survival. The Experience of Long-Term Imprisonment*. Harmondsworth: Penguin Books, 1972 e PIRES, A. P. *Critiques à la prison et principe de modération: Inventaire d’extraits dans les documents canadiens*. Ottawa, 1985, p. 158-167.

77 BECCARIA, C. *op. cit.*, §28, p. 49. O termo “severidade”, nesta passagem, deve ser interpretado como concernente à violência física, à ação direta, intencional e momentânea, sobre o corpo; do contrário, o que Beccaria diz, em seguida, sobre a pena de privação de liberdade não teria nenhum sentido. Ele jamais nega a severidade da duração da pena. Ele opõe a severidade (física) da pena de morte à severidade (temporal) da pena de prisão (“a duração”), e tende a favor desta última. (N.T.) A tradução brasileira deste trecho está formulada da seguinte maneira: “Não é a intensidade da pena que produz o maior efeito sobre o espírito humano, mas a extensão dela.” (BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini a partir do italiano. São Paulo: Martins Fontes, 1997).

78 *Ibid idem*, §28, p. 50.

79 PENNELL, M. L. T. C. DCC, 1967, p. 4080.

80 *Ibid idem*, §28.

81 *Ibid idem*, p. 49.

82 *Ibid idem*, p. 51.

83 *Ibid idem*, p. 48.

84 *Ibid idem*, p. 50.

85 *Ibid idem*, §28, p. 49.

86 Por certo, Beccaria não seleciona constantemente essa preferência pelo registro temporal. Tanto ele como Bentham e Kant são ainda seduzidos pelo princípio da analogia física entre a pena e o crime: “Os atentados contra a pessoa [...] devem ser incontestavelmente punidos com penas corporais”, escreve Beccaria (BECCARIA, C. *Des délits et des peines*. Genève: Librairie Droz, 1965, p. 38). Nesta passagem, ele seleciona o registro físico e não o vê como resultando de uma má crueldade, provavelmente em razão de sua menor intensidade – o que demonstra, também, que os dois registros são neutros. Sobre esse princípio da analogia, ver: PIRES, A. P. “La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII siècle”. In: DEBUYST, C.; DIGNEFFE, F.; PIRES, A. P. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine 2: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Brussels: De Boeck Université, 1998.

87 BECCARIA, C, *op. cit.*, §28, p. 50-51.

88 HONNETH, A. “Integrité et mépris. Principes d’une morale de la reconnaissance”. In: *Recherches sociologiques*. vol. XXX, nº 2. Unité d’anthropologie et de sociologie, Univeristé catholique de Louvain, 1999.

89 OLIVIER, M. DCC, 1914, p. 537 *apud* SAUVAGEAU, J. *Débats au sujet de la peine de mort au Parlement canadien (1914-1937)*. Documento de trabalho inédito – Laboratório de pesquisa sobre a racionalidade penal, Universidade de Ottawa, Ontário, Canadá, 1995.

90 EDWARDS, M. DCC, 1915, p. 142, *apud Ibid idem*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : BECCARIA, C. *Des délits et des peines*. Genève: Librairie Droz, 1965.
- : _____. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini a partir do italiano. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- : CANADÁ. “Compte rendu officiel des débats de la Chambre des Communes du Canada”. Relatório Oficial dos Debates da Câmara dos Comuns do Canadá. Vigésima sétima legislatura. 2ª sessão, 1967.
- : CHEVALIER, J. *Histoire de la pensée 3: La pensée moderne de Descartes à Kant*. Paris: Flammarion, 1961.
- : COHEN, S. & TAYLOR, L. *Psychological Survival: The Experience of Long-Term Imprisonment*. Harmondsworth: Penguin Books, 1972.
- : DEL VECCHIO, G. *La Justice – La Verité: Essais de philosophie juridique et morale*. Paris: Dalloz, 1955.
- : ELIAS, N. *Du temps*. Paris: Fayard, 1997.
- : FICHTE, J. G. *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science 1796-1797*. Paris: PUF, 1984.
- : FILANGIERI, G. *La science de la législation*. vol. 4. Paris: Cuchet, 1788.
- : FOUCAULT, M. “Qu’est-ce que les lumières?” In: *Dits et écrits*. vol. 4. Paris: Gallimard, 1994. _____. “Contre les peines de substitution”. In: *Dits et écrits*. vol. 4. Paris: Gallimard, 1994.
- : _____. *Surveiller et punir*. Naissance de la prison. Paris: Gallimard, 1975.
- : FRANCO, A. S. *Crimes Hediondos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- : GARCIA, M. *Droits de la personne et obstacles à l’innovation en droit criminel*. Projeto de pesquisa de doutorado em Sociologia (Universidade do Québec em Montreal). Laboratório de pesquisa da Cátedra de Pesquisa do Canadá em tradições jurídicas e racionalidade penal. Pesquisa subvencionada pela Fundação Pierre Elliott Trudeau, 2006.

- : GARLAND, D. “Capital Punishment and American Culture”. In: *Punishment & Society*, vol. 7, n° 4, 2005.
- : GAVAZZI, G. *Norme primarie e norme secondarie*. Torino: G. Giappichelli, Memorie dell’Istituto Giuridico, Universidade de Torino, 1967.
- : HART, H. L. A. “Bentham and Beccaria”. In: _____(org.). *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- : _____. *Le concept du droit*. Brussels: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1988.
- : HONNETH, A. “Integrité et mépris. Principes d’une morale de la reconnaissance”. In: *Recherches sociologiques*. Volume XXX. Numéro 2. Unité d’anthropologie et de sociologie, Univeristé catholique de Louvain, 1999.
- : HEGEL, G. W. F. *Principes de la philosophie du droit*. Paris: PUF, 1998.
- : HOBBS, T. *Léviathan*. Paris: Sirey, 1983.
- : KANT, E. (1797). *Métaphysique des mœurs*. Première partie: Doctrine du droit. Paris: J. Vrin, 1979.
- : LUHMANN, N. “Gesellschaftsstruktur und Semantische Tradition”. In: _____. *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen gesellschaft*. Band 1. Frankfurt: Suhrkamp, 1980.
- : _____. “Jenseits von Barberei”. In: _____. *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. Band 4. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.
- : MONTEIRO, W. de B. *Curso de Direito Civil 4: Direito das obrigações*. (1ª parte). São Paulo: Saraiva, 1968.
- : MUYART de VOUGLANS, P. F. *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines*. Lausanne: Desaint Librairie, 1767.
- : PIRES, A. P. “La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII siècle”. In: DEBUYST, C.; DIGNEFFE, F. & PIRES, A. P. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine 2: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Brussels: De Boeck Université, 1998.

- : _____. “Quelques obstacles à une mutation du droit pénal”. In: *Révue générale du droit*, nº 26. vol. 1. Ottawa: Éditions Wilson & Lafleur, 1995.
- : _____. “La loi de procédure”. (Comentário). In: ROBERT, P. (org.). *La création de la loi et ses auteurs. L'exemple du droit pénal. Onati (Anais 3)*. The Onati International Institute for the Sociology of Law, 1991.
- : _____. *Critiques à la prison et principe de modération: Inventaire d'extraits dans les documents canadiens*. Ottawa, 1985, 191 p.
- : PONCELA, P. & LASCOUMES, P. *Réformer le code pénal: où est passé l'architecte?* Paris: PUF, 1998.
- : ROTHMAN, D. “Doing Time: Days, Months and Years in the Criminal Justice System”. In: GROSS, H. & von HIRSCH, A. *Sentencing*. New York: Oxford University Press, 1981.
- : ROUSSEAU, JJ. *Du contrat social*. Paris: Seuil, 1977.
- : SARLET, I. W. “Dignidade da pessoa humana: Partes I e II”. In: BARRETO, V. de P. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- : SAUVAGEAU, J. *Le discours parlementaire sur la peine de mort: essai de criminologie réflexive du passage à l'acte législatif*. Tese (Doutorado em Criminologia) – Universidade Católica de Louvain, Louvain-la-Neuve, Bélgica, 1998.
- : _____. *Débats au sujet de la peine de mort au Parlement canadien (1914-1937)*. Documento de trabalho inédito – Laboratório de pesquisa sobre a racionalidade penal, Universidade de Ottawa, Ontário, Canadá, 1995.
- : TREPANIER, J. & TULKENS, F. *Délinquance et protection de la jeunesse: Aux sources des lois belge et canadienne sur l'enfance*. Brussels: De Boeck Université, 1995.
- : SCHWARZ, R. “Misplaced Ideas”. In: *Essays on Brazilian Culture*. London: Verso, 1992.
- : SIMEON, JP. “La démocratie selon Rousseau”. In: ROUSSEAU, JJ. *Du contrat social*. Paris: Seuil, 1977.
- : ZIMRING, F. E. *The Contradictions of American Capital Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

PUNIÇÃO, CULPA E COMUNICAÇÃO: É POSSÍVEL SUPERAR A NECESSIDADE DA INFLIÇÃO DE SOFRIMENTO NO DEBATE TEÓRICO SOBRE A PENA?

Marta Rodriguez de Assis Machado

Acima de tudo, a melhor forma de medir a escravidão na qual uma ideologia aprisiona um povo é por meio de sua incapacidade coletiva para imaginar alternativas.
– Tony Judt¹

TEORIA DO DELITO E RACIONALIDADE PENAL MODERNA

A partir do campo da criminologia, Álvaro Pires desenvolve uma teoria sobre o sistema de pensamento que se consolidou nas sociedades ocidentais desde o surgimento do Direito Penal como um subsistema jurídico autônomo por volta da segunda metade do século XVIII. Pires denomina de *racionalidade penal moderna* o conjunto de ideias selecionadas e estabilizadas pelo sistema de Direito Criminal, que estruturam até hoje a forma como esse sistema se autodefine e funciona. Tais ideias estariam de tal maneira naturalizadas no interior desse sistema e da reflexão ali produzida que acabam dificultando o surgimento de formas alternativas de pensar o funcionamento e as respostas do sistema penal². Ou seja, elas funcionam, em muitos casos, como “obstáculos epistemológicos”³ que impedem a inovação⁴.

Ao enxergar em perspectiva as escolhas e seleções que, ao longo de séculos, consolidaram o sistema de pensamento e de funcionamento das instituições penais, Pires tem em seu foco as teorias da pena. Este texto pretende utilizar o ferramental teórico lançado por Pires em um recorte específico: a partir de autores que estão debatendo apenas seus efeitos de prevenção geral positiva, ou seja, que justificam a pena na medida em que seu potencial comunicativo possa gerar efeitos positivos sobre a coletividade.

Pode-se dizer que o discurso da prevenção geral positiva – em suas variações – vem se fortalecendo e ganhando prevalência no debate penal nas últimas décadas, possivelmente em razão das críticas que atingem com

mais contundência a retribuição e a dissuasão, bem como o declínio do ideal ressocializador⁵. Uma das particularidades do debate sobre a prevenção geral positiva entre autores alemães, com influência em sistemas romano-germânicos, é o restabelecimento – inaugurado por Roxin, como veremos adiante – da conexão entre dois campos: a teoria do delito e as teorias da pena.

Isso nos coloca diante da descoberta de que a ideia de racionalidade penal moderna – utilizada por Pires para tratar dos discursos de justificação da pena – pode também ser útil para analisar aspectos de um outro tipo de discurso especializado (*savant*), criado no interior do sistema penal, tendo em vista sua operacionalização: a dogmática penal, construída na forma de *teorias do delito*. Tomar como ponto de partida os elementos da racionalidade penal moderna nos permite outro olhar para as teorias dogmáticas do delito: não se trata de avaliar a coerência interna dos conceitos nem seu potencial para resolver problemas novos da imputação penal – o que vem sendo a tônica do debate neste campo –, mas sim de avaliar o papel das formulações teóricas sobre o delito na reprodução e na atualização da racionalidade penal moderna. Na direção inversa, tal perspectiva permite também identificar concepções que possam representar caminhos para inovações.

Procura-se, aqui, uma tentativa de fazer esse cruzamento de perspectivas – as ideias de Pires sobre a racionalidade penal moderna e as teorias dogmáticas sobre o delito que apontam para a prevenção geral positiva a fim de buscar caminhos que permitam “pensar fora da caixa” da racionalidade penal moderna no que diz respeito às ideias consolidadas sobre a pena. Ele se debruça, contudo, sobre um único aspecto: a obrigação de punir por meio da infligência de sofrimento ou pena aflitiva⁶.

No campo da teoria do delito, essa questão se vê traduzida na forma como se estabelece a relação entre culpabilidade e pena. Este texto pretende mostrar como essa relação foi se estabelecendo de forma diferente ao longo do desenvolvimento da teoria, recentemente apontando para novas direções. O momento teórico atual e suas perspectivas serão analisados a partir das ideias de dois autores alemães contemporâneos: Günther Jakobs e Klaus Günther, que têm no centro de suas preocupações a ideia de comunicação.

CULPA, PENA E OBRIGAÇÃO DE PUNIR

O conceito de culpa sofreu uma série de modificações e redefinições ao longo dos séculos, passando por uma primeira grande mudança com o conceito de culpa normativa de Frank em 1907 (*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*) quando deixou de ser compreendida como um fato psíquico para assumir conteúdos normativos. Seguiu-se a isso uma série de definições normativas com conteúdos que variavam em alguma medida para definir o que seria propriamente um juízo de reprovação.

Podemos dizer que a segunda ruptura ocorrida na definição de culpabilidade deu-se com sua funcionalização, primeiramente com Roxin na década de 1970 e, em seguida, com Günther Jakobs, como tratarei a seguir⁷. É essa segunda ruptura que inicia um movimento de mudança no interior da produção em dogmática penal e que abre caminho para a inovação introduzida mais adiante por Klaus Günther, com a ideia de culpabilidade comunicativa. Por essa razão, este texto simplifica sobremaneira o desenvolvimento anterior à segunda ruptura, explorando mais detidamente esses dois últimos autores, que lhe são posteriores.

Tomemos como ponto de partida para essa discussão a descoberta de Pires de que na base de todo debate moderno sobre a pena está, de um lado, a definição do crime pela presença exclusiva da pena como norma secundária e, de outro, a valorização da pena afliativa, muito particularmente a pena de prisão:

[...] no plano da reflexão teórica, tanto o saber jurídico como as ciências sociais definirão o crime (e até mesmo o sistema penal) pela presença exclusiva da pena (afliativa), o que implicará uma compreensão simultânea das normas de comportamento e de sanção: uma não pode ser pensada sem a outra. Tal forma de definição pode ser qualificada como uma sinédoque, aquela figura de linguagem que consiste em definir o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (a pena). Isso tornará quase impossível pensar o sistema penal ou o crime sem uma dependência quase exclusiva da pena afliativa, bem como suscitará uma ontologização da estrutura normativa do Direito Penal moderno⁸.

O percurso que leva Pires à formulação exposta nessa passagem é principalmente o dos autores que escreveram sobre a função da pena criminal. Pires não se debruça sobre o que momentaneamente chamarei de “a outra ponta” do debate⁹ – as teorias que se preocuparam com a formulação dos critérios para denominar um determinado fato como crime. Entretanto, podemos dizer que o diagnóstico feito por ele se confirma ao analisarmos esse segundo campo do conhecimento, pelo menos se olharmos para as formulações dominantes de cada escola penal. Podemos então afirmar que as formulações da teoria do delito trabalham sob o pressuposto da pena (aflictiva) como consequência natural da definição do crime. Foi apenas muito recentemente, como mostrarei adiante, que esse pressuposto foi enfrentado.

As teorias do delito e as teorias da pena tiveram por muito tempo desenvolvimentos que podemos chamar de relativamente independentes. Discutir a função da pena não esteve entre as preocupações centrais dos autores que escreveram sobre teorias dogmáticas do delito. Sua preocupação esteve ligada à construção de um sistema de elementos e suas conceituações, que comporiam a definição do delito, tendo como pressuposto que a pena (aflictiva) seria, naturalmente, consequência dessa definição.

Para compreender as relações entre a dogmática penal e as teorias da pena, é importante recorrer a Liszt – autor que, digamos assim, fundou a teoria do delito, tal como a conhecemos, no final do século XIX – e a dois pontos centrais de seu pensamento, que se mantiveram por muito tempo no pensamento dogmático ocidental: a separação entre política e dogmática e a conformação desta na forma rígida de um sistema fechado de categorias lógico-dedutivas.

Liszt, criticando diretamente a pena retributiva e a escola positivista jurídica de Binding, pretendia que o Direito Penal tivesse uma preocupação não só de garantia e de asseguramento das conquistas do liberalismo¹⁰, mas também de prevenção efetiva contra o delito na defesa dos interesses da coletividade¹¹. Em seu texto “A ideia do fim no Direito Penal”¹², de 1882, ele propõe uma “reforma por dentro” da ciência penal, para que passasse a considerar o conhecimento empírico sobre o delito e a pena, reconhecendo os esforços no Direito Penal na “luta contra o delinquente”.

Liszt introduziu referências políticas e científicas na ciência penal, mas se preocupou em manter a dogmática vinculada ao Direito positivo e “intacta”

pelo menos em relação à Política. Para conseguir isso, articulou e alocou as dimensões política e empírica do sistema penal no que chamou de “ciência global do Direito Penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), composta de três eixos: as ciências dedicadas ao estudo causal-empírico do delito e da pena (criminologia e penologia); a política criminal no exercício da tarefa política que se concretiza nas propostas de revisão e reforma da legislação penal; e a dogmática como “ciência sistemática” e “ciência prática”.¹³

Nessa divisão, o debate sobre a pena estaria alocado, em seu aspecto normativo, acerca dos fins, no campo da política criminal e, em sua abordagem empírica, no campo da criminologia e da penologia. Nem questões de ordem normativa nem questões de ordem empírica deveriam ser consideradas no campo da teoria do delito. Em sua dimensão sistemática, a dogmática de Liszt se mantém dedicada ao estudo do Direito positivo e à construção de um sistema de conceitos e princípios dos quais se deduz o conceito de crime¹⁴.

A Escola Clássica do delito fundada por Liszt¹⁵ foi logo superada no pensamento dogmático, mas tal esquema tripartido e seus pressupostos – a separação entre política e dogmática e a conformação desta na forma rígida de um sistema fechado de categorias lógico-dedutivas – determinou o tipo de trabalho que cabia à dogmática penal e o espaço em que ela se desenvolveria nos séculos seguintes. No que tange à relação entre teoria do delito e teorias da pena, essa separação permitiu que a dogmática penal se isolasse por muito tempo em relação à discussão sobre os fins da pena e seus efeitos, embora estivesse sempre presente nas construções das sucessivas teorias do delito que a consequência da definição de um fato como crime teria como consequência a aplicação de uma pena (aflictiva).

Essa separação rígida é posta em xeque apenas dois séculos depois por Claus Roxin, que, a partir da década de 1970, passa a questionar a ideia de teoria do delito como sistema fechado de generalizações conceituais. É a partir de então que a discussão sobre a pena é integrada à discussão dogmática sobre o crime e os critérios para imputação de responsabilidade penal¹⁶.

Para Roxin, a concepção lisztiana de teoria do delito como sistema fechado estaria colocando em xeque a própria ideia de sistema¹⁷ e enfraquecendo o pensamento dogmático, pois estes acabavam acusados de des-

cuidar da justiça no caso concreto, de reduzir as possibilidades de solução do problema e de provocar um descompasso entre a dedução sistemática e a correção axiológica¹⁸.

O projeto teórico de Roxin é, então, construir *um sistema dogmático permeado pelos valores político-criminais do Estado Democrático e Social de Direito*. Ele pretende, de um lado, salvar a ideia de sistema, mas, por outro, torná-lo ao mesmo tempo mais seguro e apto para a resolução dos problemas. A solução, portanto, seria abri-lo e orientá-lo, teleologicamente, a metas político-criminais.

Nesses termos, o papel da dogmática não seria só o de construção sistemática. Não se trata, segundo Roxin, apenas de dissecar o comportamento delitivo em elementos, posicioná-los em diversos estratos da construção do crime e alcançar conceitos superiores e generalizáveis. Também não se trata apenas de ampliar a capacidade explicativa de suas soluções e sua aplicabilidade à realidade, mas sim de alcançar, para problemas materiais do Direito Penal, soluções que realizem os fins do Direito Penal. A intervenção estatal, inclusive no âmbito penal, não deve ser aleatória¹⁹, mas sim direcionada por valorações políticas. E, para acomodar política e sistema com segurança jurídica, o ponto de vista político-criminal deve já estar dado: tratam-se, segundo ele, dos fins adequados à política do Estado Social e Democrático de Direito.

Roxin pretende concretizar essa unidade entre sistema e política criminal conferindo aos elementos do sistema do delito significado segundo as metas político-criminais. Conceitos e categorias da teoria do delito devem assim ser “funcionalizados”: devem ser capazes, cada um deles, de desempenhar um papel que contribua com a realização da missão do Direito Penal, qual seja, a proteção subsidiária de bens jurídicos ligados ao livre desenvolvimento do indivíduo. Esse objetivo está, por sua vez, segundo Roxin, expresso na função preventiva atribuída à pena²⁰.

Neste ponto, percebe-se uma mudança importante na forma de se conceber a dogmática penal, na medida em que a interpretação e sistematização das categorias feitas por Roxin se dão a partir da ideia de *necessidade de pena*²¹. Ou seja, as categorias tipo antijuridicidade e culpabilidade²² entram como diferentes aspectos dessa valoração sobre a necessidade da pena para alcançar os fins do Direito Penal. De modo sintético: no tipo, o fato é valorado sob o

ponto de vista da necessidade abstrata de pena. O fim político-criminal dessa decisão é preventivo-geral, quer dizer, ao acolher uma conduta como típica, pretende-se motivar os indivíduos que se abstenham de praticá-la²³. No nível valorativo seguinte, ao ser analisada a categoria da antijuridicidade, atuam as mesmas diretrizes preventivo-gerais que atuaram na definição do tipo, mas elas ganham uma dimensão adicional a partir do caso concreto. É nesse âmbito que se faz um juízo sobre a danosidade ou nocividade da conduta em si, podendo-se modificar ou corrigir a valoração anterior feita no âmbito do tipo.²⁴ É na última categoria desse processo de valoração, a da responsabilidade²⁵, que se estabelece com mais ênfase o vínculo entre a valoração do fato e a necessidade de que o autor seja apenado²⁶.

É por meio dela que se trata de saber se o sujeito individual merece uma pena pelo injusto realizado, ou seja, se há no caso concreto a necessidade de prevenção. O que se decide aqui é, segundo Roxin, pela punibilidade ou não punibilidade de acordo com os fins da pena, tendo a culpabilidade como limite. Embora Roxin considere o Direito Penal como último recurso de proteção, enfatizando o princípio da subsidiariedade e seu caráter fragmentário, é ainda a pena que, para ele, torna efetiva a missão do Direito Penal²⁷, e seus fins são, portanto, articulados em torno disso.

A teoria de Roxin constitui uma mudança importante na articulação dos elementos da ciência do Direito Penal. Primeiramente, uma ruptura com o sistema finalista, na medida em que rompe com suas premissas: a construção de um sistema jurídico penal não deve se vincular a dados ontológicos, mas deve ser racionalizada a partir dos fins e das prestações do Direito Penal. Em segundo lugar, ao trazer as valorações político-criminais sobre os fins da pena *para dentro do sistema dogmático*, rompe também a barreira estabelecida por Liszt entre Direito Penal e política criminal.

Uma das consequências dessa posição é a exclusão da função de retribuição do sistema: se a finalidade do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, então não está permitido se servir de uma pena que, de forma expressa, prescindida de todos os fins ligados à prevenção de delitos²⁸. Se “as normas penais só estão justificadas quando tendem à proteção da liberdade individual e a uma ordem social que está a seu serviço”²⁹ da mesma forma, a pena deve buscar combinar e equilibrar fins de prevenção

geral e especial, tendo esta última prevalência em relação à anterior em casos de conflito.³⁰

Embora esse sistema tenha recebido críticas especialmente por tentar conciliar no mesmo processo finalidades incompatíveis³¹, ele definitivamente exclui a retribuição como uma das funções da pena e dá importância à reabilitação. É importante notar, entretanto, que embora o foco da reabilitação esteja na pessoa do apenado, ela não é por si só uma inovação em relação a outras posições sobre a punição, já que a maioria das teorias ligadas à reabilitação criminal foram desenvolvidas considerando a punição como medida terapêutica e educacional por meio do encarceramento³².

Roxin é certamente um dos autores contemporâneos mais importantes do campo da dogmática penal. Ele expõe as fragilidades da teoria penal, até então majoritária, e se torna um ponto de partida fundamental para um movimento de renovação da dogmática penal. Além disso, excluir definitivamente a retribuição como fim da pena e dar importância à ressocialização (ainda que na chave “excluir para incluir”) é, sem dúvida, um ganho em relação a outras posições teóricas sobre pena.

Entretanto, se olharmos a proposta de Roxin sob o prisma da racionalidade penal moderna, vemos que os elementos normativos introduzidos por ele reforçam algumas de suas ideias fixas. Isso porque Roxin vincula de modo intrínseco a proteção de bens jurídicos à pena, e com isso a coloca no centro de sua formulação normativa sobre os fins da intervenção penal, diluindo o juízo acerca da definição do crime na necessidade de pena. A imputação de responsabilidade por um crime, em sua teoria, deixa de ter qualquer significado autônomo e só acontecerá se houver necessidade de aplicação de pena.

Em suma, podemos dizer que se, de um lado, a normativização dos conceitos dogmáticos levada a cabo por Roxin é um passo fundamental no sentido da desnaturalização de algumas ideias no âmbito da teoria do delito, de outro, os problemas da sua teoria emergem do fato de que a negação dos conceitos ontológicos do finalismo teve como contrapartida a introdução de definições normativas fixas, entre as quais a própria ideia de proteção de bens jurídicos por meio da pena preventiva³³.

Günther Jakobs aproveita o movimento de funcionalização iniciado por Roxin, mas retira os conteúdos materiais fixos de sua teoria. Produz, com isso,

uma ruptura fundamental no debate penal, pois o foco do trabalho dogmático já não estaria mais em construir uma definição material de delito, o que produziria respostas estáticas e concretas demais, que, por exemplo, têm enfrentado uma série de dificuldades para serem aplicadas a problemas com alto grau de complexidade com os quais o Direito Penal contemporâneo lida. Para Jakobs, não se trata de construir categorias e preenchê-las com conteúdo a fim de extrair uma definição de delito, mas sim de fornecer uma estrutura que sirva para o processo de imputação. E tal processo é descrito por Jakobs em termos comunicativos.

O processo de imputação está dirigido, segundo Jakobs, pela necessidade de uma comunicação que confirme a norma. Essa ideia abre caminhos, conforme veremos a seguir, para formulações inovadoras, embora o próprio Jakobs não tenha conseguido abandonar em sua teoria o imperativo da pena (aflictiva).

TEORIA DA PENA EM JAKOBS: A PENA COMO COMUNICAÇÃO FUNCIONAL

A pena é sempre reação ante a infração de uma norma. Mediante a reação sempre se manifesta que deve se observar a norma. E a reação demonstrativa sempre tem lugar à custa do (ou seja, mediante a perda de um Direito do) responsável por haver infringido a norma³⁴.

É assim que Jakobs formula o conceito de pena, que atua como critério funcionalizador de toda sua teoria da imputação penal³⁵. O ponto central de sua definição está na ideia de pena como função de comunicação. É essa a ideia que pretendo resgatar e explorar de seu trabalho, ainda que seu pensamento sobre a pena tenha apresentado nuances e movimentos conceituais após essa definição inicial³⁶.

Segundo Jakobs – a partir da ideia de expectativa normativa de Luhmann – os contatos sociais tornam-se possíveis se não se tem de contar, a cada momento, com qualquer tipo de comportamento por parte do outro. Ou seja, iniciar um contato social é sinal de que não se espera um desenlace indeterminado. Uma decepção específica no âmbito dos contatos sociais afeta as

expectativas que derivam da pretensão, frente à outra parte, de que esta respeitará as normas vigentes.

Assim, quando essa expectativa não é cumprida, surge um conflito perante o qual o modelo de orientação do decepcionado é colocado em questão. A contradição da norma por meio de uma conduta é a infração da norma. Uma infração é, em outras palavras, uma desautorização da norma, que gera conflito na medida em que coloca em dúvida a norma como modelo de orientação. A infração, assim, é definida não por um comportamento que produz efeitos no mundo exterior, mas por seu significado em relação ao significado da norma³⁷.

Colocada no mesmo nível da infração, afirma Jakobs, a pena não deve ser considerada apenas um fato exterior – a partir do qual só apareceria como uma sucessão irracional de dois males –, mas significa algo: quer dizer que o significado do comportamento do infrator não é determinante e que o determinante – ou válido – continua sendo a norma. Trata-se, assim, de uma réplica diante da infração da norma, que se define por sua função comunicativa, embora se exerça, segundo ele, à custa do infrator.

Infração e sanção devem ser entendidas como comunicações sobre a validade da norma³⁸. Em outras palavras, o infrator afirma a não vigência da norma, mas a pena confirma que essa afirmação é irrelevante, ou seja, que o motivo do conflito é a infração da norma pelo autor, e não a confiança da vítima na norma. Com isso, a pena permite que a norma continue funcionando como modelo de orientação idôneo. Ou seja, a missão da pena é reafirmar a validade da norma e assim mantê-la como modelo de orientação para os contatos sociais³⁹.

Assim como o central da infração é a consequência comunicativa no âmbito das expectativas sociais, o *sentido* atribuído à pena, na teoria de Jakobs, está totalmente conectado a tal caracterização não material. A pena não tem significado em relação aos possíveis bens danificados com determinada conduta; ela não restabelecerá o dano material à vítima, pois tem os seus efeitos primários no âmbito da validade da norma violada. O fundamental, em suma, para a compreensão da pena em Jakobs, é o princípio de que a finalidade da pena para ele não se coloca no âmbito dos efeitos concretos e externos ao sentido da comunicação.

Por essa razão, Jakobs critica as modalidades preventivas de pena. Elas levam em consideração os efeitos que a pena exerce no autor individual ou nos autores potenciais e acabam não prestando atenção no dano que o fato produz à validade social do sistema normativo. Para ele, dado que a pena é um processo de comunicação, seu conceito deveria estar centrado na própria comunicação, e não em seus reflexos ou repercussões psíquicas que podem até ser desejados, mas não fazem parte do *conceito* de pena⁴⁰.

Não se trata, portanto, de dirigir ou regular imediatamente condutas por meio da pena, mas de estabilizar na sociedade redes de expectativas normativas que lhe são fundamentais. Embora Jakobs não descarte a possibilidade de que uma pena venha a ter efeitos preventivos especiais ou gerais, os efeitos desse tipo não devem servir para fundamentá-la ou definir sua função. É possível, segundo ele, vincular à pena determinadas esperanças de que sejam produzidas consequências de psicologia social ou individual de variadas características, como a esperança de que se mantenha ou se solidifique a fidelidade ao ordenamento jurídico. Mas, a pena já significa algo com independência dessas consequências: significa uma autocomprovação.⁴¹ As consequências de psicologia social ou individual não afetam o núcleo da teoria da pena. Não estão nem em seu significado nem em sua função. São secundários e casuais.

Essa compreensão comunicativa do processo de imputação e pena é central ao pensamento de Jakobs. É certo que formulações anteriores sobre a pena, especialmente aquelas ligadas às teorias de prevenção geral positiva, também pressupunham processos de comunicação social a partir da pena. Mas, nesses casos, a pena representa apenas um meio para se obter efeitos sociais de prevenção. O que considero inovador na formulação de Jakobs é que o fim da pena está na própria comunicação.

Entretanto, mesmo afirmando a pena como comunicação, Jakobs mantém em sua definição o elemento fixo de que a pena é algo que se exerce “às custas” do apenado. Nos seus textos seguintes, ele defende de modo mais explícito que a concretização da pena *deve* se dar não só como comunicação linguística ou simbólica, mas como privação de meios de interação do autor. E isso seria necessário, para ele, porque o infrator da norma, por meio de sua conduta, não somente significou algo, mas também configurou algo (por exemplo, não

só afirmou que não se deve respeitar a vida alheia, mas a destruiu ou estava disposto a destruí-la). O significado de sua conduta não é objetivado apenas no plano simbólico, mas também no plano externo à sociedade, e, por isso, uma resposta apenas no plano simbólico, afirma Jakobs, estaria objetivada em menor medida que o fato⁴². As expectativas normativas precisariam de uma base cognitiva para existir na realidade⁴³.

Para isso, diz Jakobs, não basta contradizer o autor mediante a pena e confirmar a configuração da sociedade no plano das comunicações, é preciso se preocupar com que não aumente a probabilidade de infrações ulteriores da norma, de modo que as pessoas não duvidem da realidade do ordenamento jurídico e tenham por seus interesses⁴⁴.

Ao afirmar a necessidade de materialização da pena por meio da privação infligida ao autor, Jakobs acaba separando seu discurso sobre a pena em dois planos, o comunicativo, ligado ao plano do significado da pena, juntamente com o conceito de infração e validade; e o outro plano ligado a sua concretização. É o primeiro que ancora e fundamenta toda sua teoria da imputação e é esse ponto que me parece ter relevância para fazer avançar o debate sobre a pena.

Entretanto, por meio dessa divisão, Jakobs parece ter mantido as ideias tradicionais sobre a pena no que ele chama de plano da concretização. Apoiar a força das expectativas normativas na necessidade de materialização da pena por meio da privação infligida ao autor parece destoar de todo o seu esforço de fundamentar a teoria da imputação na necessidade de produzir comunicação social sobre a norma, no plano da validade. Provavelmente, para conciliar esses dois momentos a princípio incompatíveis é que ele separa o plano do conceito do plano da concretização.

Em outras palavras, ele desloca os efeitos concretos de infligência de sofrimento geograficamente para fora de sua definição de pena, mas faz coexistir a comunicação da validade da norma com a necessidade de imposição de uma pena que se dá por meios materialmente coativos; meios que, diz, tenham o mesmo grau de objetivação que a infração.

Assim, apesar de todo seu esforço teórico para dessubstancializar e desnaturalizar a teoria do delito, ele mantém intocado o vínculo entre imputação e necessidade da pena como infligência de sofrimento. Além disso, ao assumir essa configuração fixa da forma da pena, isto é, ao manter o conteúdo intrín-

seco da pena como um mal, Jakobs herda e reproduz a necessidade da pena aflitiva, característica da racionalidade penal moderna.

Jakobs não vai mais longe por não ter percebido – ou não ter querido admitir – que a fundamentação funcional-comunicativa de sua definição de pena tornava pelo menos contingente – para não dizer supérflua, juntamente com Klaus Günther, como veremos a seguir – a necessidade de se responder também por meio da privação dos meios de liberdade do autor. Ao afirmar a necessidade de que a comunicação se dê concretamente por meio da infligência de sofrimento, Jakobs aproxima-se novamente das definições tradicionais de pena e perde o que seria um ganho funcionalista de seu conceito: que a definição da forma da comunicação estabilizadora da norma fosse contingente e se pudesse pensar em formas alternativas à dor para comunicar a vigência da norma.

Com esse procedimento pouco familiar a sua própria visão funcionalista, Jakobs põe a perder o potencial inovador que sua estrutura comunicativa de imputação e seu conceito de pena como comunicação poderiam ter para o debate sobre a pena. Mas, esse pequeno deslocamento – do mal da pena para fora da definição comunicativa de pena – ao menos abre um caminho para se pensar que se trata de duas coisas distintas. Ou seja, embora estabeleça um vínculo intrínseco, natural entre a comunicação e a concretização da pena às custas do imputado, Jakobs ao menos desidentifica as duas funções; separa-as, alocando uma na dimensão comunicativa e outra na dimensão cognitiva.

Não é irrelevante, assim, a contribuição que faz ao debate conceitual sobre a pena ao destacar imputação e sua função comunicativa da concretização da comunicação por via do sofrimento. Jakobs mostra que são coisas distintas, embora não consiga desatar o nó entre elas. No final das contas, para ele, uma deve se seguir à outra, necessariamente, mas de qualquer maneira talvez essa tenha sido uma das poucas vezes no debate dogmático que se abriu uma janela para se repensar a relação entre função de imputação e função da punição. O que se torna visível aqui na forma de uma incongruência de sua própria teoria abre caminho para questionar o vínculo, naturalizado e praticamente inquestionado, entre imputação e pena. É Klaus Günther quem extrai consequências inovadoras dessa distinção.

KLAUS GÜNTHER: PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

No esquema tradicional de se pensar a resposta do sistema penal, falar de imputação legítima de responsabilidade penal a um autor por um ato considerado ilícito equivale a falar, simultaneamente, da aplicação de uma pena. A decisão sobre culpa e sua imputação é vista, na teoria penal tradicional, como já afirmei várias vezes neste texto, simplesmente como o pressuposto que autoriza o Estado a aplicar uma pena.

A partir daí, a decisão sobre o *quantum* e a forma da pena pode variar especialmente em razão do sentido que se atribui a ela, que também é variável conforme a estratégia de justificação da pena que se adote. Vimos que Jakobs, embora tenha de modo novo no debate penal colocado a definição tanto de delito como de imputação em termos comunicativos, não rompeu com esse esquema.

Dessa forma, é Klaus Günther, filósofo e penalista ligado ao Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt e à tradição da teoria crítica, que enuncia, pela primeira vez, uma das consequências mais relevantes da compreensão da imputação como comunicação: a autonomia da comunicação da imputação em relação à pena.

Questiona, assim, o dado praticamente naturalizado de que a resposta do sistema penal é necessariamente a pena. Ora, diz Günther, se a função do Direito Penal, como já enunciara Jakobs, é comunicar a vigência da norma, a própria imputação de responsabilidade penal contida na sentença já faz isso. Para que a comunicação da sentença seja seguida por um *plus*, que pode ser uma pena, é preciso que esta tenha uma outra função. É preciso justificá-la de outra forma.

Günther parte de um conceito habermasiano de comunicação que implica em compreendê-la em termos linguísticos. Mais do que isso, observa a ideia de responsabilidade na sociedade contemporânea e reconhece sua **importância** por si só como categoria sociológica⁴⁵. Por isso, é capaz de reconhecer na própria sentença a comunicação da responsabilidade que organiza a teia de elementos e interações sociais e lhe dá um sentido. Günther põe à mostra o sentido social da própria imputação de responsabilidade.

Reconhecer que a comunicação estabilizadora da imputação de culpabilidade se dá no momento da sentença não equivale a dizer que a reação estatal

ao conflito deva se esgotar nisso necessariamente. A sentença, diz Günther, abre espaço para a discussão pelos cidadãos sobre outras possíveis formas de reação estatal ao conflito; por exemplo, a reparação da vítima ou a ressocialização do autor.

O importante é perceber que essas outras formas de resposta estatal destacam-se da imputação, são externas a ela e se justificariam por terem uma outra função, isto é, não se trata de explicar a decisão que considera um determinado ato como crime e determinada pessoa seu autor. Se nenhum desses exemplos dados por Günther poderia ser chamado de pena, pois não têm o caráter de infligência de um mal, isso não significa que ele descarta, a princípio, que uma sociedade possa e queira, além da comunicação da imputação, lançar mão da pena. Günther apenas chama a atenção para o fato de que isso merece uma fundamentação diferente daquela que explica a decisão sobre a imputação.

Em outras palavras, a pena como infligência de um mal não serve (ou melhor, é supérflua) para comunicar a imputação, mas isso não exclui por si só que a pena tenha algum outro sentido. Implica apenas que tal sentido tenha que ser procurado em outro lugar; fundamentada de outra forma.

São esses outros possíveis sentidos já atribuídos à pena que Günther se dedica a analisar. Ele se lança à esfera pública formal e informal⁴⁶ e compila os argumentos que até hoje foram levantados a favor da pena. Esses resistem ou não à crítica racional ou não servem para fundamentar a pena propriamente, mas sim a decisão de imputação (como a retribuição kantiana ou hegeliana e a prevenção geral positiva). Não teremos espaço para tratar aqui das críticas que Günther dirige às teorias da pena. Parece-nos que é exatamente esse o debate que ele abre. Podemos considerar que, nesse momento, Günther é uma entre as várias vozes que podem falar a favor ou contra a pena como infligência de um mal e as possíveis finalidades que se lhe pode atribuir: um exercício que deverá ser feito por todos os cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

O que nos importa destacar é o sentido emancipatório da intervenção de Günther na discussão sobre Direito Penal: evidencia um sentido social comunicativo na imputação mesma de responsabilidade individual, que ganha autonomia e deixa de significar simplesmente um requisito para a aplicação da pena.

Com isso, Günther finalmente desnaturaliza esse vínculo, mostrando que se trata de âmbitos distintos de decisão e que, portanto, devem receber fundamentos distintos. Há momentos decisórios na escolha das regras e critérios de imputação de responsabilidade e na decisão em si sobre responsabilização. Mas, se após a comunicação da imputação haverá mais algum tipo de resposta do sistema, isso demanda dos cidadãos uma nova escolha, precedida pela apresentação e discussão de novas razões. É nesse momento que eles podem decidir legitimamente sobre a pertinência e a “justiça” de outras formas de intervenção estatal: reparar vítimas, oferecer possibilidades de ressocialização e, até mesmo, punir.

Ao destacar imputação de punição, Günther, além de mostrar a possibilidade de desenfatar a punição em favor da culpa, aponta um problema grave para um Estado de Direito no estado atual da discussão sobre a pena: o déficit de fundamentação do poder exercido por meio da aplicação da pena e a necessidade de que uma discussão sobre os fundamentos e as razões da punição seja levada a sério. Que a pena não seja vista como decorrência natural da culpa e que, portanto, a discussão sobre suas razões não seja obscurecida por argumentos que digam respeito à fundamentação da culpa, e não propriamente da pena.

Günther reabre, assim, o debate sobre o sentido da pena em nossa sociedade e coloca essa decisão política nas mãos dos cidadãos. Se a pena não é mais a resposta natural do sistema do Direito Penal, nós então devemos discutir democraticamente na esfera pública se e em que medida precisamos dela; quais são as possibilidades de sancionar (que não necessariamente precisa envolver inflição de sofrimento) e quais são os argumentos racionais que sustentam nossas escolhas.

Dessa forma, seu conceito de culpa comunicativa abre uma possibilidade importante de superação desse paradigma tradicional de se pensar o Direito Penal moderno a partir da punição como inflição de sofrimento, ligada ao reconhecimento de culpa por meio de um vínculo naturalizado.

É claro que o simples desatar desses nós teóricos (e epistemológicos) não significa por si só uma mudança no panorama da pena criminal em sociedades contemporâneas, que depende de processos sociais de deliberação sobre a função do sistema de justiça criminal e as formas de utilizá-lo na

resposta a conflitos sociais. Mas, a importância dessa oportunidade teórica para se repensar a relação entre atribuição de culpa, punição e sofrimento não pode ser negligenciada.

* Este texto foi publicado originalmente na Revista da Faculdade de Direito da UFMG, volume 69, jul.-dez. 2016, p. 389-414.

NOTAS

1 Historiador britânico citado por Thenjiwe Niki Nkosi na instalação *O jogo da memória*, de 2013.

2 PIRES, 2004, p. 40-41

3 Pires toma a ideia de “obstáculo epistemológico” de Bachelard, cf. BACHELARD, G. *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 17.

4 PIRES, 2008.

5 Para um panorama do debate contemporâneo sobre teorias da pena, ver: GÜNTHER, 2004.

6 Utilizamos, neste texto, as duas expressões como equivalentes. Chamamos atenção ao fato de que não devem ser entendidas apenas como sofrimento corporal.

7 Foi trabalhado mais detidamente sobre essa passagem em: MACHADO, M. R. de A. “Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea”. Tese de Doutorado em Direito. Universidade e São Paulo, São Paulo, 2007. Ver também: PÜSCHEL e MACHADO, 2016: prefácio.

8 PIRES, 2004, p. 42.

9 Veremos que com Roxin e seguindo com os autores chamados funcionalistas, as duas pontas do debate penal – as teorias do delito e as teorias da pena – se juntam.

10 Cf. o sentido liberal de sua teoria, sintetizado por Mir Puig nesta passagem: “Al agotar el sentido y finalidad de ésta [da pena] en la respuesta del hecho cometido, perseguía evitar toda toma en consideración de la personalidad del reo. Binding defendía de esta forma uno de los principios centrales de la filosofía liberal: el Derecho penal de facto, frente al Derecho penal del autor”. (MIR, 1976, p. 215). (Cf. BINDING, 1839, p. 208 e ss.).

11 MIR PUIG, 1976, p. 219 e LISZT, 1905b.

12 Também conhecido como “Programa de Marburgo”: LISZT, F. von. “Der Zweckgedanke im Strafrecht”. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1882. Utilizaremos a tradução para o espanhol de Carlos Pérez del Valle: (LISZT, 1995).

13 LISZT, Rechtsgut, 1905, p. 214 e ss.

14 “Como ciencia eminentemente practica que trabaja continuamente para satisfacer las necesidades de la administración de justicia, creando siempre nuevos frutos, la ciencia del Derecho es y debe ser una ciencia propiamente sistemática; pues solamente la ordenación de los conocimientos, en forma de sistema, garantiza aquel dominio seguro y diligente sobre todas las particularidades, sin el que la aplicación del Derecho, entregada al arbitrio o al azar, no pasaría de ser un eterno diletantismo”. (LISZT, Tratado, I, p. 6.)

15 Também conhecida como sistema Liszt-Beling de construção do delito.

16 ROXIN, 1970.

17 O pensamento sistemático apresenta, segundo ele, vantagens especialmente no âmbito da aplicação do Direito ao simplificar o exame e a solução do caso concreto e garantir uma aplicação uniforme do Direito. No plano dogmático, ele serve de guia para elaborações que contribuem para o desenvolvimento do Direito. Mas, de outro lado, o pensamento sistemático fechado apresenta sérias dificuldades ligadas à obtenção de justiça no caso concreto, na medida em que a simples dedução da solução a partir do sistema (no caso, o finalista) pode levar a resultados que, no caso concreto, não pareçam nem justos nem adequados. (*Idem*, 1994, p. 207-210)

18 *Ibid idem*, p. 20.

19 Conceitos sem a capacidade de lidar com problemas concretos não ajudavam a lidar com o problema da indeterminação da lei. Roxin exemplifica esse problema com a discussão que se deu na Alemanha em torno da teoria da participação: o critério “vontade do autor” do sistema finalista não dizia nada e não contribuía para a solução do problema concreto e, por isso, passou a ser utilizado livremente pela jurisprudência. Nesse contexto, o desenvolvimento jurisprudencial teria levado a que a distinção entre autor e partícipe fosse feita “sem orientação alguma em categorias sistemáticas, à livre discricção do juiz”. *Ibid idem*, p. 18.

20 *Ibid idem*, p. 98.

21 ROXIN, C. “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena”. Tradução de Polaino Navarrete. In: *CPC* nº 46, 1992, p. 61.

22 Em realidade, a primeira coisa a ser analisada quando se está diante de um fato é se se trata de uma ação no sentido dogmático-penal. Essa ação não é definida simplesmente como algo empiricamente preexistente, mas já é resultado de uma valoração. Não nos alongaremos

sobre esse ponto, pois o conceito de ação, ao se normativizar na teoria de Roxin, cede importância ao de tipo. De qualquer modo, a valoração referente à ação se dá ainda em abstrato e se trata de decidir se se poderá imputar a alguém, como conduta sua, aquele determinado ato ou omissão. Um homem terá agido se determinados efeitos procedentes ou não dele próprio (ação ou omissão) puderem ser atribuídos a ele como pessoa. O fim político-criminal que está por trás dessa categoria é o de que, independentemente da aparência externa e das consequências causais da presença humana, ao valorar algo como uma não ação, exclui-se desde o início a possibilidade de enquadrá-la em categorias do juridicamente proibido ou permitido. (ROXIN, 1994, p. 218)

23 ROXIN, 1994, p. 219; ROXIN, C. “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena”. Tradução de Polaino Navarrete. In: *CPC* nº 46, 1992, p. 61-62.

24 *Ibid idem.*

25 Como trataremos adiante, Roxin deixa para segundo plano a denominação tradicional de culpabilidade e a engloba dentro do conceito de responsabilidade.

26 *Ibid idem.*

27 Roxin é um entusiasta da reparação no sistema penal e a valoriza por razões político-criminais que não se relacionam com seu aspecto de inflição de sofrimento. Considera vantajosa para a vítima, para o autor, para a administração da justiça. Entretanto, parece-me que a integração da reparação no sistema penal por Roxin se dá sem alterar a estrutura de sua teoria e a relação que ele estabelece entre teoria do delito e funções da pena. A reparação seria, para ele, uma forma alternativa de concretização dos fins preventivos da pena. Em suas palavras: “La importancia de esta sanción para el Derecho penal descansa en el principio de subsidiariedad, es decir: en el principio de que la pena, como la medida politicosocialmente más severa, sólo debe aplicarse cuando al mismo resultado no pueda alcanzarse con otros medios menos gravosos. Por consiguiente, la pena debe retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación de lo injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho penal”. (ROXIN, C. “Pena y Reparación”. In: *ADPCP*. Volume LII, 1999, p. 13).

28 ROXIN, 1994, p. 84.

29 *Ibid idem*, p. 95.

30 Sucintamente, o mecanismo pelo qual Roxin propõe essa combinação é o seguinte: o fim da prevenção geral figura sozinho no momento da cominação da pena, enquanto que no momento da aplicação ambos devem ser levados em consideração. O juiz tratará de harmonizar os dois objetivos, que podem se revelar conflitantes quando esses fins exigirem diferentes quantidades de pena. Para ilustrar tal conflito e como ele pode ser resolvido, Roxin lança uma hipótese em que, sob o prisma da prevenção geral positiva, seria adequada uma pena de três anos de privação de liberdade, mas as exigências de prevenção especial apenas permitiriam um ano de prisão, pois uma pena mais grave teria efeitos prejudiciais ao autor. Nesse caso, os fins de prevenção especial e geral seriam sopesados e colocados em ordem de preferência. Os critérios dessa ordem são dados por Roxin da seguinte maneira: a prevenção especial tem preferência, pois a ressocialização é um imperativo constitucional (na Alemanha) e a prevenção geral não chega a ser de todo frustrada mesmo com uma pena menor que a ideal. Entretanto, essa preferência pode ir apenas até onde a necessidade preventiva geral mínima o permita. Ou seja, a pena não pode ser reduzida a tal grau que a sanção já não seja levada a sério na comunidade, pois isso feriria a confiança no ordenamento jurídico (*Ibid idem*, p. 97). Nesse balanço entre os fins preventivos, a culpabilidade também é levada em consideração. Ela não tem nenhum significado no que toca à finalidade da pena (já que a retribuição está afastada), mas cumpre um papel de limitação.

31 Cf., por exemplo, JAKOBS, 1997, p. 34-37.

32 Pires aponta que a exceção a esse cenário estaria concentrada em algumas teorias que surgiram nas décadas de 1950 e 1960 defendendo a reabilitação “fora da prisão” por meio de estratégias de inclusão social, o que ele chama de “segunda modernidade das teorias da reabilitação”. Cf. MACHADO, M.; PIRES, A, P.; FERREIRA, C. C. & SCHAFFA, P. M. “A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas”. *Série Pensando o Direito*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 55. Essas teorias, entretanto, não tiveram força para quebrar o paradigma da prisão na teoria penal ocidental.

33 Para outras críticas possíveis que podem ser direcionadas a sua construção, como o excesso de conteúdos, materiais fixos e sua dificuldade para lidar com alguns problemas contemporâneos da imputação, ver: MACHADO, M. R. de A. “Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea”. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 69-70.

34 JAKOBS, G. “Culpa e Responsabilidade: questões fundamentais da teoria da

responsabilidade”. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. vol. 4. Fascículo 3. Coimbra, 1991, p. 8.

35 Esta é a definição presente na primeira edição de seu manual, que é de 1983 (utilizamos aqui a tradução espanhola de 1991). É interessante notar que seu manual é intitulado: *Direito Penal, Parte Geral: fundamentos e teoria da imputação (Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre)*, ou seja, já no título não há referência à teoria do delito, mas a uma teoria do processo de imputação, o que, a meu ver, é a grande inovação trazida por Jakobs à dogmática penal. Tratei disso com mais profundidade em minha tese de doutorado: MACHADO, M. R. de A. “Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea”. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. JAKOBS, G. “Culpa e Responsabilidade: questões fundamentais da teoria da responsabilidade”. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. vol. 4. Fascículo 3. Coimbra, 1991.

36 Tais aspectos são abordados em minha tese de doutorado: MACHADO, M. R. de A. “Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea”. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

37 JAKOBS, G. “Culpa e Responsabilidade: questões fundamentais da teoria da responsabilidade”. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. vol. 4. Fascículo 3. Coimbra, 1991, p. 9-13.

38 JAKOBS, G. “Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity”. In: *Buffalo Criminal Law Review*. vol. 7, 2003-2004, p. 495.

39 JAKOBS, G. “Culpa e Responsabilidade: questões fundamentais da teoria da responsabilidade”. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Volume 4. Fascículo 3. Coimbra, 1991. p. 13 e 14.

40 JAKOBS, G. *Sobre la teoría de la pena*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia, 1998, p. 33.

41 JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 1996, p. 18.

42 Leia-se: “Así como el hecho configura de modo definitivo el mundo externo de las personas (o se dispone a ello) también la reacción frente ao hecho debe suponer una configuración

definitiva, lo que significa que debe hacer imposible de modo efectivo que se anude una conducta a éste, convirtiéndose de esta manera en permanente en el mundo externo”. JAKOBS, G. *Sobre la teoría de la pena*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia, 1998, p. 25.

43 JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

44 JACOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

45 GÜNTHER, K. “Responsabilização na sociedade civil”. In: *Novos Estudos*, nº 63. São Paulo: CEBRAP, 2002, p. 105-118.

46 Nos textos “Crítica da pena I e II”. GÜNTHER, K. “Crítica da pena I”. In: *Revista Direito GV*, nº 4. São Paulo: FGV Direito SP, 2006b, p. 187-203; _____. “Crítica da pena II”. In: *Revista Direito GV*, nº 5. São Paulo: FGV Direito SP, 2007, p. 137-149.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : BACHELARD, G. *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- : GÜNTHER, K. “Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat”. In: BYRD, B. S.; HRUSCHKA, J. & JOERDEN, J. C. *Jahrbuch für Recht und Ethik*. Band. 2. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 143-157.
- : _____. “Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis”. In: *Cardozo Law Review*. vol. 17, Numbers 4-5. New York: Yeshiva University, 1996, p. 1035-1058.
- : _____. “Zur Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verfehens”. In: LUDERSSEN, K. (Hrsg.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 319-349.
- : _____. “A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro”. In: BARTOLI, M. O. (org.). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 79-92.
- : _____. “Welchen Personenbegriff braucht die Dirkurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”. In: BRUNKHORST, H. & NIESEN, P. (org.). *Das Recht der Republik*. Berlin: Suhrkamp, 1999a. p. 83-104.
- : _____. “Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do Direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito” (Tradução do português). In: *Revista Direito GV*, nº 3. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2006a, p. 223-239.
- : _____. “Jenseits von idealistischer und rollenfunktionaler Strafbegründung”. In: SILLER, P.; KELLER, B. (Hrsg.). *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999b, p. 141-146.
- : _____. “Straf(ab)gründe. Rechtsphilosophie in der Discusión”. In: SILLER, P. & KELLER, B. (Hrsg.). *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999c.

- : _____. “De la vulneración de un Derecho a la infracción de un deber. ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el Derecho Penal?” In: ROMEU CASABONA, C. M. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- : _____. “Responsabilização na sociedade civil”. In: *Novos Estudos*, nº 63. São Paulo: CEBRAP, 2002, p. 105-118.
- : _____. “Crítica da pena I”. In: *Revista Direito GV*, nº 4. São Paulo: FGV Direito SP, 2006b, p. 187-203.
- : _____. “Crítica da pena II”. In: *Revista Direito GV*, nº 5. São Paulo: FGV Direito SP, 2007, p. 137-149.
- : JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin: de Gruyter, 1983.
- : _____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 1996.
- : _____. “Culpabilidad y prevención”. In: JAKOBS, G. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 73-99.
- : _____. *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. cor. Tradução de Joaquin C. Contreras; Jose Luis S. G. De Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- : _____. *Sobre la teoría de la pena*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia, 1998.
- : _____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.
- : _____. “Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity”. In: *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 7, 2003-2004, p. 492-510.
- : MACHADO, M.; PIRES, A. P.; FERREIRA, C. C. & SCHAFFA, P. M. “A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas”. *Série Pensando o Direito*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

PREFÁCIO

- : MACHADO, M. R. de A. “Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea”. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- : ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Ed. Reus, 1981.
- : _____. “Culpa e Responsabilidade: questões fundamentais da teoria da responsabilidade”. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. vol. 4. Fascículo 3. Coimbra, 1991, p. 503-541.
- : _____. “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena”. Tradução de Polaino Navarrete. In: *CPC*, nº 46, 1992, p. 169-194.
- : _____. *Derecho Penal Parte General: fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- : _____. “Pena y Reparación”. In: *ADPCP*. vol. LII, 1999. p. 5-15. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em: 28.jun.16.

REFLEXÕES SOBRE ALTERNATIVAS À PENA E UMA APROXIMAÇÃO À ALTERNATIVIDADE PENAL

Pablo Galain Palermo

Este artigo pretende refletir sobre a orientação político-criminal¹ do ordenamento jurídico-penal atual, que se dirige à persecução de determinados objetivos relacionados à prevenção de manifestações graves da criminalidade, as quais impõem uma análise da sua conveniência no contexto do Estado democrático de Direito na Alemanha e no Brasil.

Por um lado, a política criminal de combate a determinados agentes e a certas formas de delinquência conduziu a um aumento do arsenal dos instrumentos penais postos nas mãos do Estado² e, reflexamente, a uma diminuição das garantias processuais e das exigências probatórias que incidem sobre as formas de imputação³. Por outro lado, levou à oferta da possibilidade de formas alternativas de resolução dos conflitos que abrem o sistema penal à participação dos indivíduos envolvidos no delito⁴.

A política criminal bipolar previne e reage contra um determinado conjunto de delitos por meio das coordenadas *delito-conflito jurídico*, ao passo que a outra gama de delitos responde por meio do binômio *delito-conflito social*. Na primeira modalidade, reage-se ao delito com as penas e medidas de segurança tradicionais e, na segunda, mediante alternativas ao sistema dual ou vicarial, que permitem uma teorização sobre novas vias punitivas ou até sobre um novo paradigma de justiça⁵.

Em consequência dessa bipolaridade, as mudanças normativas não foram apenas em sentido repressivo, dado que intervieram igualmente na direção da criação de alternativas à pena para os delitos de menor gravidade. Uma primeira e rápida leitura poderia sugerir que essa política criminal, que procura alternativas ao castigo tradicional (i.e., a pena como consequência natural do sistema penal), seria como que o reverso das políticas repressivas atuais, mesmo que tal não haja sido cabalmente demonstrado pela criminologia.

Nessa linha, gostaria de refletir sobre algumas alternativas à pena com o propósito de determinar o papel que elas desempenham no sistema penal dos nossos dias, governado por uma política criminal bipolar, ou mesmo

esquizofrênica⁶, que, como bem sublinha Hassemer, ainda que “haja implicado agravações [...] de modo algum foram implementadas contra a vontade da população, mas, ao contrário, contaram com boas esperanças e com a aprovação dos cidadãos e das cidadãs”⁷.

As alternativas à pena e as propostas alternativas ao sistema penal não mitigam a finalidade de prevenção e controle social, mas permitem, pelo menos, maiores espaços de liberdade individual.

Do ponto de vista jurídico-penal, quando se fala em alternativas, há que se especificar previamente se nos referimos a alternativas à pena ou a alternativas ao Direito Penal, cuja consequência natural é a pena. Se concentrarmos a nossa atenção, única e exclusivamente, no conceito de alternativa à pena, é necessário determinar se em tal conceito se incluem apenas as penas alternativas às tradicionais ou se o mesmo abrange também os equivalentes funcionais da pena (como a reparação, a mediação ou outras formas de acordo ou consenso entre as partes envolvidas no delito ou no processo)⁸.

Limitar-me-ei a desenvolver algumas reflexões que possam contribuir para que se entenda melhor aquilo a que nos referimos quando falamos da possibilidade de resolver um conflito penal com uma sanção distinta da pena ou com uma consequência ou uma intervenção distinta da pena. Que permita, também, solucionar o conflito causado pelo delito sem alterar a função do Direito Penal e os fins prosseguidos por este. O ponto de partida dessas reflexões é a existência prévia de um conflito provocado por uma violação do ordenamento jurídico-penal, que pode ser imputada a um agente.

O problema central será o de saber que consequência jurídica distinta da pena (mas, que cumpra as funções da pena e sirva para solucionar o conflito jurídico) pode ser imputada a esse agente. Esse problema obriga a decidir político-criminalmente em que condições pode o fato ser imputado ao agente sem que se recorra a uma pena e que consequências pode isso ter para o sistema penal, entendido como ordenamento constituído para a proteção de um sistema de valores que permitam a vida em sociedade. A análise parte da consideração da norma de proibição como uma regra de conduta que, por meio da motivação, estabelece as regras de interação aos indivíduos no seio de uma determinada sociedade.

ALTERNATIVAS AO SISTEMA PENAL E/OU SUAS CONSEQUÊNCIAS

Falar sobre alternativas à pena é uma tarefa que não está isenta de riscos e que acarreta algumas dificuldades. A primeira dificuldade com que nos deparamos consiste na determinação do alcance do conceito de alternativa, dado que se trata de encontrar uma figura material e/ou formal que, numa sociedade, cumpra a mesma função do Direito Penal e da sua consequência natural, a pena. Para tratar essa questão, tem-se de definir previamente o alcance do conceito de alternativa num determinado contexto. Isto é, quando falamos de alternativas ao sistema penal, temos de determinar, com clareza e de forma prévia, se falamos de alternativas ao Direito Penal em si, cuja consequência natural é a pena, ou se nos referimos a um novo modelo de fazer justiça, que parte de premissas distintas das assumidas pelo Direito Penal (justiça restaurativa).

Quando tratamos da busca de alternativas à pena, há que precisar se: a) o conceito alternativo se limita a ocupar o lugar da pena tradicional da privação da liberdade, como se de uma pena alternativa se tratasse (como a multa); b) se faz referência a sanções distintas das penas que cumprem uma função punitiva, sem, no entanto, seguir o procedimento tradicional para imposição de uma pena, filiando-se antes na lógica processual do princípio de oportunidade condicionado ou do consenso entre as partes do processo (Ministério Público e agente)⁹; ou c) se trata de outros institutos, diversos das penas, mas que podem cumprir os fins destas, seguindo a lógica do consenso ou do acordo entre as partes no delito (agente e vítima)¹⁰. Estas últimas deixam de fora a pena de multa e partem de um conceito amplo de alternativa à pena que permite incluir equivalentes funcionais desta.

Nesta altura, já percebemos que o tema geral apresenta algumas dificuldades, quer devido à sua amplitude, quer porque apresenta uma dupla complexidade. Por um lado, exige a explicação da função atual da pena em relação a todo o sistema penal e, por outro, a análise da possibilidade de encontrar alternativas à pena que cumpram essa mesma função. Na realidade e por razões de tempo e espaço, limitar-me-ei a fazer algumas reflexões em relação àquilo a que nos devemos referir quando falamos da possibilidade de resolver um conflito penal com uma sanção distinta da pena ou com uma consequência

ou uma intervenção distinta da pena, que permita solucionar o conflito causado pelo delito (função da pena). Se essa alternativa à pena não puder cumprir essa função mínima de permitir a solução jurídica do conflito causada pelo delito, então estaremos num campo de discussão distinto daquele que é o do sistema penal.

Como já referi, quando se trata de infligir um castigo, o ponto de partida é a existência prévia de um conflito provocado por uma violação do ordenamento jurídico-penal que possa ser imputada a um agente. A questão a ser resolvida no âmbito da escolha das alternativas a um certo tipo de castigo é a de determinar como esse mesmo conflito pode ser solucionado sem ter de se recorrer a uma pena. Além disso, tem de se verificar quais as consequências que a(s) solução(ões) encontrada(s) podem trazer para o sistema penal, tendo em conta que ela(s) não devem permitir a diminuição da confiança dos cidadãos no modo de reação à violação da norma que, em última instância, regula a vida comunitária. Uma das primeiras decisões político-criminais a tomar no campo das alternativas à pena tem a ver com a forma de solucionar o conflito por meio de uma determinada imputação da prática do crime ao seu autor.

Consistirá em determinar se tal imputação deverá consistir na imposição de uma consequência jurídica determinada ou, se no caso concreto, poderão admitir-se formas autônomas de reconhecimento voluntário do delito e de reparação das suas consequências por parte do autor. Trata-se de uma decisão de política criminal que deve ser tomada pelo legislador, que estabelecerá a aceitação de formas de resolução do conflito jurídico (paz jurídica), que também possam significar a resolução do conflito social (paz social).

O tema escolhido permite começar essa reflexão pela determinação das funções e fins da pena dentro do sistema penal para, posteriormente, procurar um catálogo de alternativas que permitam cumprir esses fins e funções sem desvirtuar a função ou finalidade que o Direito Penal pretende realizar. A determinação da função e da finalidade da pena não há de se buscar unicamente na teoria da pena, como se de uma discussão meramente dogmática se tratasse, devendo ter-se em conta que se trata de uma decisão de cariz político-criminal¹¹. Daí que a reflexão sobre as alternativas à pena não possa abstrair-se do contexto político em que o Direito Penal em si se determina e aplica.

O ponto de partida é, pois, o limite, normativo e factual, que um sistema

democrático se autoimpõe, circunscrevendo sua função e finalidade à resolução dos conflitos sociais mais graves, aqueles que não podem ser resolvidos por via menos lesiva para os interesses dos sujeitos envolvidos que a do Direito Penal¹². Se partirmos da consideração de que o Direito Penal é um sistema de normas constituído por preceitos e sanções, então, para entender qual é sua função e finalidade, teremos, primeiro, que definir seu alcance.

Como ordenamento normativo do Estado, o Direito Penal tem que cumprir uma dupla função. Por um lado, tem de proteger bens jurídicos mediante a ameaça de uma pena, de modo tal que seu sistema de proibição e aplicação tenha a capacidade de motivar todos os indivíduos. Por outro lado, seu sistema de proibição e aplicação não pode lesar os Direitos e garantias de cada um desses indivíduos. Como se vê, o Direito Penal tem de estar limitado na sua área de intervenção, e esse limite começa por ser o do respeito pela dignidade humana¹³.

Essa primeira reflexão, que parece evidente num contexto de Estado de Direito, implica que o campo de ação do Direito Penal não possa ultrapassar o quadro de ação que reconhece a Constituição como *Magna Carta* que reúne o núcleo essencial dos Direitos dos indivíduos e exige o respeito pela dignidade humana. A conjugação das normas da Constituição e dos princípios fundamentais do Estado de Direito (não a dogmática) constitui a barreira inultrapassável da política criminal.

No que diz respeito às penas, a doutrina penal majoritária na Alemanha radica numa concepção funcional do Direito Penal que assenta em juízos racionais e é, justamente, determinada pela forma de reação ao delito, seguindo as coordenadas político-criminais propostas pelo seu expoente máximo, Claus Roxin¹⁴. Assim, e ressalvadas algumas exceções, em última instância entende-se que o Direito Penal tem a função de proteger bens jurídicos, isto é, que deve cumprir uma função preventiva nos casos para os quais outras instâncias de proteção sejam inadequadas (*princípio da ultima ratio*). Temos de ter em conta, no entanto, que apesar do fato de grande parte da doutrina apenas legitimar e exigir uma função preventiva do Direito Penal, este não pode, na sua essência, ser concebido como um meio de prevenção do delito, mas unicamente como um meio de reação ao delito¹⁵.

O objetivo do Direito Penal não consiste em evitar as lesões (ou o pôr em perigo) dos bens jurídicos que protege pela antecipação dos seus mecanismos

e órgãos controladores, sendo que apenas pode consistir num instrumento (jurídico) para a manutenção de um sistema de normas básicas e elementares que permitam o livre desenvolvimento individual e que, em última instância, possibilitem a vida em sociedade, punindo quem proceda a uma má utilização da sua liberdade. Como ciência jurídica que é, pode admitir, sem hesitações, um conceito jurídico de liberdade de atuação de um sujeito com capacidade de atuar responsabilmente baseado na liberdade de escolha do indivíduo numa situação concreta, que possa ser alegada quando a lesão do bem jurídico protegido seja considerada produto de uma decisão livre ou voluntária do indivíduo¹⁶. O peso do ilícito reside na má escolha quando da possibilidade de a tomar. Daí a exigência de atuar de outra maneira no caso concreto, exigência normativa essa em que se fundamentará a culpa¹⁷.

Os inconvenientes práticos começam porque essa possibilidade de decidir, que fundamenta a capacidade de responder penalmente, tem de ser comprovada no caso concreto do delito praticado, pelos mecanismos de imputação objetiva e subjetiva desenvolvidos pela dogmática. Por isso, os operadores do sistema penal têm de demonstrar, formal e factualmente, a relação entre o autor e sua prática, assim como, do ponto de vista normativo, a culpa do autor como único meio de legitimação material da função de repreensão ou desaprovação da conduta por meio de uma pena (censura penal). Não sendo a culpa comprovada e declarada, estaria vedada ao sistema penal qualquer função de reprovação jurídica ao sujeito que tivesse ofendido, dolosa ou negligentemente, um bem jurídico protegido por uma norma penal¹⁸.

Estar-lhe-ia vedada a repreensão penal do sujeito que tivesse violado um dever especial. Um Estado democrático de Direito apoia-se na premissa de que, na ausência de declaração de culpa, deve imperar a liberdade e o princípio de inocência¹⁹, de tal modo que o sistema penal não poderia exigir daquele autor nenhuma forma de responsabilidade ou de reparação do dano social causado (equivalente funcional da pena). Para ser mais claro: a falta de declaração de culpa impede qualquer tipo de compensação do ilícito sobre seu agente, quer por imposição, quer por meio da sua própria vontade²⁰.

Essas prerrogativas dogmáticas, que parecem básicas num sistema penal liberal garantista dentro de um Estado democrático de Direito, sofrem hoje o embate de uma política criminal que requer uma administração de justiça

eficaz, que, em termos econômicos, significa rapidez ou celeridade e diminuição dos custos utilizados para a resolução do conflito. Isso significa diminuir as exigências probatórias para alcançar uma imputação ou prescindir inclusive do procedimento formal e da declaração de culpa em troca da compensação do ilícito.

Em alguns ordenamentos jurídicos, os equivalentes funcionais da pena não cumprem as referidas prerrogativas dogmáticas: é o que sucede no sistema penal alemão com a figura processual da reparação como obrigação ou condição para a suspensão condicional do processo dos §§ 153a e seguintes do Código de Processo Penal alemão ou com os acordos no seio do processo.

FUNÇÃO E FINALIDADE DA PENA

Para determinar se as alternativas à pena podem cumprir as funções e fins atribuídos à pena no sistema penal, deve-se, em primeiro lugar, determinar quais são essas funções e fins. A discussão sobre o fundamento, a função e os fins da pena vêm já de longa data, mas pode-se dizer que começa a ser apaixonante com o Iluminismo e o confronto entre as teorias absolutas e as teorias relativas ou utilitaristas²¹.

Esse debate deu origem à mais importante discussão sobre a essência do Direito Penal²², pois a doutrina já não ousa responder à questão “o que é a pena?”, tendo derivado para a questão “em que condições é legítima a aplicação de uma pena?”. De modo que em vez da pergunta do “por que castigar?”, o enfoque passou a ser dado sobretudo à pergunta “quanto castigar?”²³.

O funcionalismo racional ou moderado exige do Direito Penal determinadas funções que passam pela proteção de bens jurídicos, pela motivação de condutas por meio da norma e pela prevenção geral e especial por meio da pena, sem assentar exclusivamente na reafirmação da norma como regra de conduta²⁴. Hoje em dia, a discussão é alimentada por princípios político-criminais e contém não só a exigência de uma reação penal merecida, mas também a necessidade da pena, apontando definitivamente para uma combinação entre utilidade e proporcionalidade dos castigos²⁵. Desse modo, pode-se dizer que, do ponto de vista funcional-político-criminal-racional, a discussão sobre o merecimento e a necessidade da pena inclui o respectivo âmbito de proteção, isto é, tudo aquilo que o Direito Penal protege e, ao mesmo tempo,

os meios processuais de que dispõe para impor sanções e os meios administrativos para a sua execução.

No que respeita ao âmbito latino-americano, considerando-se em especial o caso da Argentina, que vale, em todo o caso, também para o Brasil, Zaffaroni aponta para as teorias realistas²⁶, de modo que a decisão sobre a aplicação da pena (sua natureza, intensidade etc.) não só deveria ter em conta o ilícito penal e os aspectos pessoais do agente (dignidade e carência de pena) sob um ponto de vista ideal ou normativo, como deveria ainda também combinar a lesão do âmbito protegido penalmente (bem jurídico, lesão do dever etc.) com questões próprias da realidade social, relativas à administração da justiça (relacionadas, por exemplo, com a sua capacidade de investigação e de execução das penas) e a realidade social propriamente dita.

A prevenção geral, baseada em critérios de política criminal realista, deve considerar os aspectos relativos à execução das penas, assim como as desigualdades sociais que imperam em países como o Brasil²⁷; e não deve legitimar-se apenas com base na necessidade de reafirmação normativa penal no momento da determinação da pena,²⁸ mas considerar, principalmente, a reafirmação da normativa constitucional. O fim da pena não pode, na resolução do respectivo conflito, prescindir das necessidades das vítimas nem dos Direitos do respectivo agente, e é aí que podem entrar em jogo as alternativas ou equivalentes funcionais da pena.

Poderia afirmar-se que a pena deve ser entendida como *prevenção por meio da repressão*, de modo que a alternativa à pena, se almeja ser não apenas uma solução fática, mas pretende também constituir-se como uma solução normativa do conflito, tem então que ser útil como critério geral para a orientação de futuras condutas no seio social. A alternativa à pena tem, portanto, que cumprir a função e os fins da pena.

Se pensarmos, por exemplo, na mediação como uma alternativa à pena, para que tal sanção alternativa possa cumprir a finalidade preventiva do Direito Penal, terá de ser útil aos interesses dos intervenientes diretamente envolvidos no conflito (agente e vítima). Além disso, tal mediação terá ainda de ser útil aos interesses de todos os membros da sociedade, e não só aos interesses daqueles que participam na mediação. No caso da reparação do dano, como alternativa à pena, tal reparação não pode ser considerada como uma questão

pertencente à responsabilidade *ex delictum*, mas como um equivalente funcional da pena²⁹. Isto é, a reparação tem de possuir determinadas características (ser voluntária e, atendendo às possibilidades do agente, ser material ou simbólica etc.) que lhe permitam que sejam cumpridos no caso concreto (segundo a gravidade do delito) os fins e funções do castigo substitutivo da pena³⁰. Daqui se deduz que, do ponto de vista preventivo, a alternativa à pena tem, tal como a pena, de ser útil para a conservação da ordem social, tendo por isso, de um modo geral, de constituir uma reação eficaz em ordem à manutenção das expectativas normativas.

ALTERNATIVAS À PENA

A busca de alternativas à pena parte do princípio de que o conflito causado pelo delito não se pode solucionar sempre com a mera retribuição proporcional da culpa, mas que podem existir outros tipos de sanções que também permitam um controle racional sobre as condutas futuras dos indivíduos por meio de critérios preventivos. Essa nova política criminal combina-se com o instituto processual da oportunidade como oposto à exigência da persecução penal obrigatória de todas as infrações normativas (princípio da legalidade ou da obrigatoriedade). De qualquer modo, a busca de alternativas fez renascer o debate teórico entre retribuição e prevenção, entre a tarefa de fazer justiça como um valor absoluto e a oportunidade ou utilidade da sanção.

Por sua vez, o debate leva à discussão sobre o papel desempenhado pelas categorias da dignidade e da necessidade da pena na teoria do Direito³¹. As alternativas à pena obrigam a fundir os discursos ideais legitimadores do castigo com os dados da realidade³². Isto é, as alternativas levam à integração da teoria filosófica sobre a pena com as possibilidades de execução dos castigos, pois é pela prática que se demonstra a racionalidade da pena³³. Como já se referiu, no caso da América Latina pode-se dar um passo maior face a uma política criminal realista e incluir os dados da realidade social no momento de determinar a natureza e a medida da pena.

Independentemente das discussões teóricas sobre o exercício prático da justiça penal resumidas na contradição oficialidade-oportunidade, a questão das alternativas à pena poderia concentrar-se em duas perguntas relacionadas com a eficiência ou eficácia da intervenção penal para a resolução dos conflitos

penais: que alternativas à pena permitem solucionar o conflito penal de um ponto de vista fático e também normativo?

E, em segundo lugar, quais seriam as alternativas à pena mais eficientes, no caso de sujeitos imputáveis, capazes de assegurar a função motivadora e de controle social do sistema penal? Para dar resposta a essas questões, tenho de me referir à teoria da pena no sistema penal atual, que empreendeu dois caminhos diferentes na busca de alternativas para a pena. Uma primeira tendência que se concentra na busca de alternativas à pena de prisão e uma outra, mais ampla, que pretende encontrar alternativas ao próprio sistema penal.

Historicamente, a discussão sobre a necessidade da existência de alternativas à pena surge aproximadamente na década de 1970 com uma reação à pena privativa da liberdade, para terminar com os efeitos nocivos que esta causava nos indivíduos. Pode-se dizer que esse movimento contribuiu para o abandono da teoria da ressocialização como constituindo o fim prioritário da pena e para a constatação de que, analisados todos os métodos de reabilitação utilizados com fins de correção, “nothing works”³⁴. Os estudos críticos sobre a prisão, considerada como sendo uma “fábrica” que consome o tempo dos presos³⁵ ou como um instrumento inútil, que não pode ressocializar e serve apenas para vigiar e controlar³⁶, foram também impulsionadores da busca de alternativas à pena de prisão.

A conclusão foi a de que, na modernidade, a prisão serve apenas para segregar, retirando às pessoas seus valores mais apreciados: sua liberdade, seu tempo, sua força de trabalho³⁷. A pena de prisão continua, no entanto, a ser líder no catálogo de consequências jurídico-penais para os delitos graves. Delitos para os quais não apareceu, do ponto de vista preventivo, uma alternativa válida. Em alguns sistemas, como acontece no Direito Penal Internacional ou na justiça de transição, uma pena de prisão prossegue uma finalidade retributiva e, inclusive, aflitiva, como parece ter acontecido com os ex-terroristas de Estado que assolaram o continente sul-americano na década de 1970 e parte da década de 1980³⁸.

Hoje em dia, esses outrora perigosos criminosos estão a cumprir longas penas de prisão por crimes cometidos há muitos anos³⁹. A política criminal atual, baseada no discurso dos Direitos humanos e na função histórica do Processo Penal como fonte da busca da verdade⁴⁰ sugere uma perseguição

penal sem limite temporal (imprescritibilidade, retroatividade da lei penal etc.), nem mitigação da pena (proibição de anistia ou qualquer instituto de graça) que não permita aplicar alternativas à prisão, nem sequer pela avançada idade ou doença do autor. Essa política criminal apoia-se não só numa finalidade retributiva ou aflitiva da pena, mas também é legitimada por meio do fim preventivo-geral positivo que hoje é majoritariamente apontado à pena⁴¹.

No âmbito dos delitos comuns, a realidade carcerária mundial demonstra um aumento da população reclusa⁴². Em alguns sistemas, inclusive, a prisão é praticamente a única sanção aplicada como castigo de delitos de gravidade média a alta⁴³. A realidade das prisões latino-americanas demonstra uma violação constante dos Direitos humanos dos reclusos⁴⁴, que deu origem a fenômenos tão particulares como o Primeiro Comando da Capital no Brasil, que nasceu como um grupo ativista e se converteu num grupo de criminosos que utiliza métodos de terror e se dedica, também, a cometer delitos⁴⁵.

Tudo indica que, em muitos sistemas penais, a prisão, com uma finalidade preventiva especial negativa (inocuidade), é vista como a única opção válida, na prática, para alguns delinquentes. Isso porque a criminologia reconhece que os fins preventivo-especiais positivos fracassaram⁴⁶. Admitido o fracasso da ressocialização, a tarefa daqueles que pretendem encontrar alternativas a essa pena concentra-se naqueles delinquentes que, pela natureza do delito cometido e pelas suas características pessoais, não demonstrem grande perigo. A esses delinquentes, pode-se impor uma pena de multa, que, em sistemas penais como o alemão, constitui uma autêntica alternativa à pena privativa da liberdade⁴⁷.

As alternativas à pena de prisão que hoje se discutem parecem concentrar-se numa ampliação da atividade de controle e vigilância do delincente que não demonstre perigo maior, sendo essa a única forma de admitir a finalidade preventiva do castigo⁴⁸. Essas alternativas orientam-se também na direção de uma política criminal de disciplina que não se concentra tanto na censura moral, como se constata na contraposição entre o Direito Penal e o domínio das contra-ordenações⁴⁹. A essa política criminal de Straf-Disciplin podiam somar-se ainda as obrigações (*Auflagen*) e condições (*Weisungen*) que se impõem como contrapartida da suspensão condicional do Processo Penal⁵⁰.

O Direito Penal juvenil pode considerar-se como o laboratório de todas essas alternativas à privação da liberdade que pretendem ensinar disciplina e educação por meio da sanção penal. Figuras excepcionais de alternativas à privação da liberdade que não prosseguem fim disciplinador são a suspensão condicional da pena (§ 56 StGB) ou a dispensa da pena (§ 59 StGB)⁵¹. Todas essas alternativas estão em consonância com o fim de prevenção da pena, não podendo desconsiderar os limites da culpa e o princípio da proporcionalidade entre o fato e a reação penal.

Uma segunda tendência contemporânea em matéria de alternativas à pena vai mais longe do que a mera procura de alternativas à pena privativa da liberdade, tomando como seu propósito a busca de alternativas ao próprio Direito Penal⁵². Essa tendência que provém do sistema anglo-saxônico é denominada *justiça restaurativa* nos casos em que se pretende substituir a justiça retributiva ou tradicional⁵³ e recebe a denominação de *processos de diversão* nos casos em que as alternativas se concentram na desformalização do procedimento penal. É também apoiado o princípio da abolição do sistema penal e sua substituição por um sistema que se concentre na reparação do dano e em que a reconciliação ocupe o lugar do castigo⁵⁴.

Essa segunda tendência critica o fato de o sistema penal tradicional considerar que a reparação do dano social é levada a cabo unicamente pela individualização e pelo cumprimento de uma pena, enquanto a justiça restaurativa deseja romper com esse paradigma de forma absoluta, para aceitar instâncias de diálogo e acordos de reparação⁵⁵. Alguns penalistas juntaram-se a essa segunda tendência, embora com uma posição mais moderada, sugerindo uma orientação do sistema penal virada para a vítima e suas necessidades, sem esquecer que “restoration is not only compatible with retribution: it requires retribution”⁵⁶.

Qualquer dessas propostas admite formas de consenso dentro do sistema penal que podem ser consideradas como alternativas à pena. O elemento comum a toda essa segunda tendência de busca de alternativas à pena (justiça restaurativa, processo de diversão, formas de consenso etc.) é a denúncia da estigmatização que tanto a pena privativa da liberdade como o próprio Direito Penal provocam nos indivíduos envolvidos no delito (autor e vítima). A justiça restaurativa é legitimada pelo fato de pretender a resolução do conflito de um modo não apenas jurídico, mas também social⁵⁷.

De alguma forma, diz-se que com essas propostas o conflito expropriado pelo Estado é devolvido às partes para que encontrem uma solução de consenso baseada na não reparação voluntária do dano à vítima. É na possibilidade de encontrar soluções de consenso que reside a legitimidade daqueles que propõem um “redescobrimento da posição da vítima”⁵⁸ e daqueles que admitem o consenso no sistema penal⁵⁹. Algumas dessas alternativas advogam uma resolução dos conflitos sem recurso à jurisdição penal ou por meio de um desvio do sistema penal para instâncias mais informais⁶⁰. Ganham terreno, assim, a mediação, a conciliação, a reparação e outros métodos baseados na autonomia das partes do delito.

No entanto, essas alternativas não escapam definitivamente ao sistema penal, pois necessitam da valorização judicial hegemônica da homologação para gozarem de reconhecimento e de validade universal, em ordem a poderem resolver o conflito de um ponto de vista fático (paz social) e também de um ponto de vista normativo (paz jurídica). Além disso, as formas de consenso podem ser úteis para construir pontes entre os diversos modelos de fazer justiça (tradicional e/ou restaurativo), na medida em que servem para pôr fim ao conflito sem prejudicar os fins do Direito Penal. Isso significa que não se pode falar de dois modelos alternativos de fazer justiça, mas sim de dois modelos que se complementam⁶¹.

As alternativas que propõem soluções de consenso por meio de uma melhoria no seio do procedimento da situação das partes do delito, retraindo aparentemente a intervenção estatal no conflito podem, na prática, acabar por ser menos vantajosas tanto para o agente como para a vítima. O fato de se “devolver” o conflito penal às partes ou, com maior rigor, o fato de se permitirem espaços de consenso para resolver questões penais pode revelar-se lesivo, num âmbito macro, para determinados princípios e garantias básicas do Estado de Direito e, num âmbito micro, com o processo equitativo. O compromisso que se procura como objetivo principal desses métodos alternativos não se baseia apenas na livre vontade das partes de participarem no acordo, mas também na necessidade de que o agente assuma a responsabilidade pela prática do fato.

Essa exigência não está, do ponto de vista penal, isenta de problemas, pois pode colidir com princípios fundamentais do sistema liberal penal, tais como

o princípio da presunção de inocência, o *nemo tetetur* ou o princípio de igualdade, entre outras garantias constitucionais e processuais. A ideia que subjaz a esses processos de “diversão” não tem relação com o objetivo de conceder uma maior proteção aos interesses individuais das partes em confronto, mas sim com o objetivo político-criminal de diminuir a quantidade de “clientes” do sistema penal sem que tal signifique uma diminuição significativa das instâncias de controle social.

Como pano de fundo desses métodos alternativos englobados no conceito de “diversão”, estão uma série de objetivos econômicos e administrativos que nem sempre coincidem com o objetivo de alcançar a “paz social”, mas sim com uma eficiência e diminuição de custos. Essa diminuição de custos inclui o prescindir do aparelho estadual encarregado da administração da justiça para a resolução dos conflitos sociais de maior gravidade.

ALTERNATIVAS À PENA SEGUNDO A POLÍTICA CRIMINAL ATUAL

Na atualidade, pode-se afirmar que as propostas teóricas em relação a possíveis alternativas para diminuir o recurso à pena de prisão ou até ao funcionamento do sistema penal formal para a resolução dos conflitos sociais mais graves não tiveram um grande êxito. A política criminal atual parece indicar, inclusive, um caminho inverso às alternativas à pena de privação da liberdade e a uma diminuição da intervenção estadual como meio secundário ou de *ultima ratio* para o exercício do controle social. O Direito Penal instrumentalizou-se como um Direito de luta que pretende prever riscos, dando uma aparência de segurança, respondendo primeiramente à ameaça do perigo antes de responder à culpa.

Um primeiro caminho trilhado pelo legislador coloca a tônica no Direito Penal como meio de *intervenção* para a prevenção e controle de risco, e tem a ver com as medidas de vigilância ambulante ou vigilância no seio social em que o infrator se insere, com a finalidade de prevenir o delito, por meio do controle permanente do sujeito considerado como “fonte de perigo”⁶². Essas alternativas partem do princípio de que estamos face a um sujeito determinado a delinquir ou a realizar ações que se consideram perigosas, numa política criminal específica para determinados agentes ou grupos de

agentes. Repare-se que não se trata de nada de novo: entre os séculos XIX e XX o Positivismo (principalmente de origem italiana) pretendeu construir um sistema alternativo à pena baseado em medidas de segurança e correção, como se todos os infratores da norma fossem sujeitos perigosos ou fontes de perigo que tivessem de ser controlados como melhor forma de defesa social⁶³.

Em busca da maior eficiência, o Positivismo italiano pretendia não só um sistema de alternativas à pena, mas também a todo o Direito Penal, que devia ser entendido como uma sociologia criminal, um sistema *à la carte* que oferecia uma reação personalizada à medida das necessidades preventivas da sociedade do momento. Essa proposta de uma política criminal como política social não era alheia às ideias de von Listz no seu programa de Marburgo baseado na tese: “justa é apenas aquela pena que é necessária”⁶⁴. Necessidade de pena que dependia das características do delito e do autor, interpretadas sob uma perspectiva de defesa social. Na realidade, a pena seria sempre necessária para conter os riscos gerados por aqueles agentes que não sabem se “organizar” no que toca à tomada de decisões, constituindo, assim, um verdadeiro perigo para os demais. Como bem refere Donini, o fato de o risco estar dependente da “organização” de cada indivíduo faz desaparecer o papel desempenhado pelo acaso nos resultados, dado que tudo é prevenível ou previsível quando se trata de censurar uma má organização ou um comportamento descuidado⁶⁵.

Mas, não pensemos que essas ideias são próprias da sociedade industrial dos séculos passados, pois na sociedade do risco do século XXI perseguem-se fins muito semelhantes. A diferença é que atualmente os cálculos de perigosidade são realizados de forma abstrata, aplicando táticas de *risk management*, para construir aquelas figuras que demonstram um risco para a segurança. O *homo insecurity* é o sujeito perigoso do passado que há de se combater hoje. Como afirma Böhm, a forma difusa de ação própria de cálculo e gestão de riscos funde-se com a lógica violenta e excludente do combate ao indesejado⁶⁶. Nos nossos tempos, o delito converteu-se em mais um elemento das nossas sociedades e standardizou-se de tal forma que já começa a perder a sua identidade distintiva como delito⁶⁷.

Hoje em dia, entende-se como um sinal de progresso ou modernidade da política-criminal que o Direito Penal cumpra uma finalidade meramente

preventiva, concentrada em oferecer um discurso baseado na proteção dos “bons cidadãos” e em orientar a conduta dos “maus cidadãos corrigíveis” a comportamentos *standard*, de modo a que estes não superem certos limites de tolerância⁶⁸. O importante é demonstrar que existe um controle dos riscos para brindar a população com uma mensagem de aparente segurança. A sociedade do risco apoia-se na seletividade e admite a perseguição dos comportamentos mais graves, pois o progresso não radica no castigo de todos os criminosos e na persecução de todos os delitos, mas sim na existência de uma normativa que permita concentrar a atenção penal nos delitos mais graves e nos criminosos mais perigosos.

O progresso radica na função preventiva da ameaça de um castigo e na finalidade de estabelecimento de expectativas de segurança na população, funções ligadas à prevenção geral positiva que, na realidade, constituem características da norma jurídica em geral, independentemente de se tratar de norma penal, administrativa ou civil, cujo objetivo é contribuir para a manutenção da ordem social⁶⁹. O inconveniente de um Direito Penal exclusivamente preventivo é o de que, por um lado, acabe por transformar-se paulatinamente num Direito Administrativo ou de polícia, que não é capaz de prevenir de forma eficiente os fatos mais graves, mas que estende a sua rede de controle limitando as liberdades individuais⁷⁰ e, por outro lado, ressurgem a atitude retributiva, que centra a questão na justiça abstrata e na necessidade simbólica da pena⁷¹.

A consequência da aplicação do Direito Penal e da pena como negação hegeliana do delito, que, segundo o discurso político-criminal, tem de ser reservada para os casos mais graves (isto é, aqueles que superam o teste dos princípios constitucionais de danosidade, proporcionalidade e subsidiariedade), é que a pena se torne exigível como reação para todos os delitos. A única solução para evitar esse ressurgimento do princípio de oficialidade consiste em construir um Direito Penal de, pelo menos, duas vias: uma para solucionar o conflito causado pelos delitos mais graves por meio de uma imputação ao agente e outra para solucionar os casos menos graves, que admitem alternativas à imputação do autor e, por conseguinte, também à pena.

Assim, negamos a necessidade de uma “terceira via”, baseada na reparação voluntária do dano à vítima⁷², de modo a reconduzi-la à segunda via, como um equivalente funcional da pena, que não prescinde da declaração

de culpabilidade, mas prescinde da pena⁷³. Caso não seja levada a cabo essa diferenciação entre delitos graves e menos graves, o Direito Penal deambulá sem rumo fixo entre a simbologia e a insatisfação. Isto é, o Direito Penal só cumprirá uma função simbólica, proporcionando uma aparência de segurança, por meio do impossível castigo de todos os crimes e delinquentes, o que, de um ponto de vista racional, é totalmente insatisfatório.

A realidade mostra que determinados delitos podem ser solucionados por intermédio de meios menos lesivos que a pena e que outros, lamentavelmente, devido à sua gravidade, requerem mais controle, que favoreça uma finalidade preventiva. Repare-se que grande parte da doutrina exige unicamente do Direito Penal reações funcionais ao tipo de criminalidade de que se está a tratar, segundo a “problemática própria de cada caso de que se tem de partir para determinar a totalidade normativa, sistematicamente enquadrada ou enquadrável”⁷⁴.

Na dogmática penal, chega-se inclusivamente a descrever, sem se tomar uma posição determinada a favor ou contra, um Direito Penal de guerra ou de luta contra certos inimigos da sociedade, sujeitos que não apresentam expectativas cognitivas de se comportarem segundo o mandado da norma⁷⁵. Note-se que se trata de um discurso punitivo ao qual a criminologia não é alheia⁷⁶. Desse modo, o sistema penal retrai-se ante o exercício responsável da liberdade e oferece alternativas à pena (espaços de liberdade), e àqueles que não oferecem garantias e que são vistos como uma ameaça à segurança (meras fontes de perigo) só oferece alternativas de prevenção que se prendam com a vigilância permanente (medidas de segurança e controle).

Nesse sentido, aplica-se a vigilância eletrônica com o firme propósito de prevenir riscos pelo controle do perigo. Está claro que, para cumprir essa função, o Direito Penal já não tem de ser considerado como um *meio de reação e castigo* segundo a culpa, mas sim de *intervenção e prevenção*, isto é, um Direito Penal preventivo orientado pela segurança⁷⁷. De algum modo, essa política criminal sugere a aceitação do fracasso da pena em relação a um sujeito que está determinado a delinquir, porque não apresenta expectativas cognitivas de comportamento futuro conforme a norma. Por isso, a mensagem da norma e da intervenção punitiva dirige-se apenas aos cidadãos fiéis ao Direito⁷⁸. Dessa forma, o único catálogo funcional de alternativas à pena é aquele composto por medidas

de segurança e controle pensadas para a defesa social contra sujeitos perigosos e incapazes de gozar de expectativas de fidelidade perante a norma. Isto é, se não se dividir o sistema penal entre delitos graves e menos graves (segundo critérios de proporcionalidade), o discurso penal oscilará entre o simbolismo da pena e a atuação cada vez mais precoce dos órgãos controladores, de modo a que se goze de uma mensagem de aparente segurança em detrimento das liberdades individuais de todos os cidadãos (segundo critérios de prevenção)⁷⁹.

Na atualidade, nem todas as alternativas à pena têm a mesma natureza e nem todas prosseguem os mesmos objetivos. Algumas pretendem cumprir um fim preventivo especial positivo educativo e têm um destinatário preciso, tendo sido pensadas para o controle de um tipo de agente em relação ao qual a reeducação ou a correção ainda se afiguram possíveis, como é o caso dos infratores juvenis ou dos delinquentes ocasionais não perigosos. Outras foram pensadas com uma finalidade preventiva e de controle para determinados agentes “incorrigíveis”, considerados um perigo social e que por isso devem ser vigiados e controlados, como, por exemplo, membros de grupos terroristas ou do “crime organizado” ou também aqueles que cometem crimes sexuais, para os quais não parece haver uma alternativa à prevenção especial negativa⁸⁰. Embora possam ser consideradas como alternativas à pena privativa da liberdade, essas medidas preventivas não cumprem porém a finalidade de pôr termo à estigmatização da pena.

Na doutrina alemã já se fala de um “neo Foucaultismus” para caracterizar o renascimento das técnicas de vigilância e controle aplicadas com o fito de disciplinar os infratores⁸¹. É claro que a sociedade se encontra em luta contra determinadas formas de criminalidade, como é demonstrado pelas últimas leis especiais, mas também não se pode ignorar que isso significa que há uma luta subliminar contra determinados agentes. Desse modo, na prática, a política criminal preventiva moderna assume que tem de prevenir e controlar por meio de uma antecipação da intervenção penal para fases anteriores à lesão do bem jurídico; e, num plano teórico, sustenta-se que perante o fracasso da pena em relação a sujeitos determinados a delinquir resta apenas focar a finalidade do castigo na reafirmação da norma como critério de orientação da conduta para aqueles que ainda possam ser suscetíveis de uma abordagem assente em critérios normativos.

Resulta, pois, evidente, que, com a política criminal atual e com a teoria da finalidade de prevenção geral positiva, pouco espaço sobra para falar de alternativas à pena que sejam funcionais a todos os indivíduos que integram uma determinada sociedade. Trata-se de uma nova onda de moralização e disciplina para controlar um determinado grupo nas franjas da sociedade, de onde provém a grande maioria desses agentes que não gozam de expectativas cognitivas de bom comportamento⁸². Assistimos, em definitivo, à atribuição à pena e às suas alternativas de uma finalidade excludente, que deixam, assim, de oferecer âmbitos de liberdade para passarem a estar a serviço de propósitos de controle social por meio do Direito Penal⁸³.

SANÇÕES ALTERNATIVAS NO SISTEMA PENAL ALEMÃO

A modernidade também traz consigo uma indefinição da fronteira entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, sendo ambos instrumentalizados para cumprir uma função preventiva à qual o Direito Penal alemão não é alheio. De todas as sanções alternativas à privação da liberdade presentes no Direito Penal alemão, encontramos algumas dentro do Código Penal que permitem prescindir da execução do castigo sem renunciar à declaração de culpa e à censura, e outras dentro do Código de Processo Penal que seguem a lógica da negociação e permitem prescindir do castigo e da declaração de culpa.

No ordenamento penal alemão há algumas sanções criminais autônomas que permitem estabelecer uma diferenciação entre a censura penal (declaração de culpa) e a execução da pena. Nesse sentido, o Código Penal conta com a admoestação com reserva de pena no parágrafo 59 StGB (Código Penal alemão), que conjuga elementos do castigo retributivo com finalidades preventivas especiais, seguindo a lógica da suspensão de execução da pena, quando seja de esperar que no futuro o agente se abstenha da prática de fatos puníveis, ou da dispensa de pena, caso uma valoração do conjunto do fato e da personalidade do autor demonstrem circunstâncias especiais que tornem procedente a ideia de que ele pode ser eximido de uma condenação em pena; e, ainda, quando a defesa do ordenamento jurídico não a exija.

Esse tipo de reação penal ao delito que renuncia à execução da pena sem renunciar à declaração da culpa poderia considerar-se, em geral, uma alternativa positiva à pena, mas a realidade é que o mesmo não vale para todos os

delitos, dado que seu domínio de aplicação está confinado ao reduzido âmbito da pena de multa.

O outro tipo de sanção alternativa à pena que pode ser encontrado na atual sociedade de risco segue a lógica da negociação e consiste em intervenções penais que pretendem a autoinculpação ou o reconhecimento da culpa pelo dano causado à vítima, mas que prescindem da declaração formal de culpa. Essas alternativas pretendem evitar o Processo Penal e a estigmatização penal por meio de uma autorresponsabilização do infrator, com o objetivo de que este repare “voluntariamente” as consequências danosas de sua conduta. Com efeito, subjacente a todo o arsenal de alternativas que pretendem o reconhecimento da culpa (sem declaração formal de culpa, isto é, sem censura penal) encontra-se a finalidade de que o agente assuma voluntariamente a reparação do dano como condição ou em substituição da não declaração da sua culpabilidade.

A reparação, que continua sendo a pena preferida em ordenamentos do Oriente Médio⁸⁴ e em sistemas consuetudinários indígenas da própria América Latina⁸⁵, é aceita no Direito europeu apenas como causa para diminuir a pena e, em alguns casos, para prescindir dela. De *lege ferenda*, o projeto alternativo sobre reparação elaborado em 1992 por professores alemães, austríacos e suíços propôs converter a reparação numa *terceira via punitiva*⁸⁶. No entanto, *de lege lata*, o legislador alemão preferiu dar guarida à reparação no âmbito da mediação consignada no § 46a do Código Penal e em sede processual penal como obrigação ou condição para a suspensão do Processo Penal e a não aplicação de uma pena. No parágrafo 153a do Código do Processo Penal alemão, é permitida a suspensão provisória do processo quando não estejam em causa crimes, no sentido previsto no § 12 do Código Penal alemão, e quando o agente aceite compensar o ilícito mediante atos de reparação.

Como contrapartida, o sujeito não é declarado culpado nem lhe é aplicada qualquer pena. A *suspensão provisória do processo* pode aplicar-se, inclusive no caso de média criminalidade, e permite a compensação do ilícito sem uma declaração de culpabilidade⁸⁷. Essa solução pode levantar algumas dúvidas quanto ao princípio constitucional da presunção de inocência,⁸⁸ coisa que é discutida pela doutrina e pela jurisprudência⁸⁹.

Como é visível, a reparação é cada vez mais reconhecida como uma forma de compensar o ilícito sem declaração de culpa, nem audiência de julgamento, razão pela qual será apropriado denominá-la como alternativa ao próprio procedimento penal ou uma *terceira via*, como propôs o Projeto Alternativo sobre reparação. Na prática, uma grande quantidade de casos penais são resolvidos por meio dessa via rápida. As estatísticas alemãs indicam que em praticamente 90% dos casos a condição ou obrigação imposta ao arguido para suspender o processo não é a de reparar material ou simbolicamente a vítima, mas sim a de entregar uma soma de dinheiro a uma instituição do Estado, como se uma multa se tratasse de uma multa⁹⁰.

Quem paga fica livre de uma censura, de uma declaração de culpa e de um antecedente criminal. O que mais chama a atenção nessa via alternativa à pena para compensar a ilicitude sem comprovação de culpa é que ela não se aplica apenas à pequena criminalidade, como inicialmente se previa, tendo sido alargada pelo legislador à média criminalidade e beneficiado poderosos banqueiros, políticos influentes e personalidades públicas⁹¹. Como se pode constatar, essa alternativa à pena e ao Direito Penal formal aplica-se geralmente em benefício de quem se encontra em condições de “comprar a sua liberdade” e manter a sua reputação a salvo da mácula que significa uma censura penal⁹². Essa é uma das alternativas à pena que não pode ser considerada benéfica para a sociedade em geral, que, perante cada suspensão provisória do processo seguida de um arquivamento definitivo a troco de uma reparação, fica sem saber se no caso houve ou não realmente a prática de um delito.

O certo é que quando se aplica essa alternativa à pena a esse tipo de agente que aceita reparar materialmente a vítima, a política criminal decide que não se está face a um delinquente ou a alguém a considerar no futuro como uma fonte de perigo que se tem de controlar. Esse tipo de alternativa à pena, que se aplica a uma determinada franja de agentes, apesar de ir contra a segurança jurídica, cumpre o fim de diminuir a estigmatização dos indivíduos. Na realidade, essa alternativa é útil para diminuir em milhões a quantidade de casos que chegam a ser tramitados ao longo de um procedimento penal formal⁹³.

Nesse segundo grupo de alternativas que prossegue a assunção de responsabilidade por parte do arguido, podem ainda incluir-se todas aquelas alternativas que permitem a negociação entre as partes envolvidas no delito,

seguindo a lógica da mediação. O Código Penal alemão introduziu no seu parágrafo 46º uma forma de conciliação entre autor e vítima que permite ao juiz alterar ou prescindir da pena no caso de uma reparação total ou parcial do dano desde que o arguido se haja esforçado seriamente para tal⁹⁴. Na mediação ou conciliação alemã, o legislador segue a lógica da compensação da vítima dentro de um plano de valoração civil e a lógica punitiva quanto à valoração do esforço do arguido em compensar a vítima dentro de um plano de valoração preventivo-geral ou especial. Note-se que para solucionar o conflito segundo a lógica da mediação ou conciliação, é necessário desviá-lo do processo formal para uma instância menos formal, o que justifica que na Alemanha esses processos sejam conduzidos por assistentes sociais ou pedagogos. Não obstante, o sistema penal não renuncia à função de controle social, dado que é ao juiz que cabe homologar o acordo alcançado⁹⁵.

Uma possível alternativa à pena pode consistir em aceitar a reparação voluntária do realizado pelo agente como um equivalente funcional da pena. Esse comportamento positivo posterior poderá, em algumas circunstâncias, ser suficiente para cumprir os fins da pena e a função do Direito Penal. A reparação pode abranger também a responsabilidade civil *ex delicto*, constituindo uma solução global do conflito suscitado pelo fato⁹⁶.

CONCLUSÃO

O sistema penal continua a considerar a pena privativa da liberdade como a única solução para os delinquentes perigosos e para os delitos considerados mais graves. Do ponto de vista discursivo, a finalidade do castigo concentrou-se na prevenção geral positiva e, nessa medida, a pena, bem como sua alternativa, tem de servir para a conservação da ordem social, devendo, por isso, apresentar-se como uma reação eficaz para manter as expectativas normativas de um modo geral.

Tudo o que foi dito até agora sobre a pena e suas possíveis alternativas só em parte tem a ver com uma política criminal funcional aos indivíduos e tem muito a ver com a busca de uma administração da justiça funcional aos interesses de quem exerce a sanção. O Estado não pretende renunciar ao controle social dos indivíduos e estabelece uma finalidade preventiva para a intervenção penal em detrimento da sua função clássica de Direito de reação em *ultima*

ratio. As alternativas à pena analisadas permitem, em algumas circunstâncias, chegar a soluções de renúncia à aplicação de pena e, inclusive, de renúncia da declaração da culpa, mas exigem, como contrapartida, uma compensação voluntária do ilícito.

Na perspectiva de uma política criminal racional e de respeito pelos indivíduos, a revalorização da posição da vítima e a possibilidade de que obtenha a reparação do dano sofrido como consequência do delito são resgatáveis. Isso não significa, no entanto, que o Estado esteja disposto a devolver aos particulares a resolução do conflito ou que aceite uma resolução horizontal do conflito.

Veja-se que a mediação ou conciliação entre autor e vítima envolvem obrigatoriamente uma atuação, *a priori* e *a posteriori*, de controle e homologação por parte do juiz. Por outro lado, se se considerar a suspensão provisória do processo, a vítima nem chega a participar no acordo entre o Ministério Público e o defensor. Isso mostra que até no grupo de alternativas à pena que segue a lógica da negociação o Estado não cede nem delega funções, pelo contrário, mantém o poder em si concentrado e continua a exercitar as sanções num contexto vertical. As alternativas à pena e as propostas alternativas ao sistema penal não diminuem a finalidade de prevenção e controle social, mas permitem, pelo menos, maiores espaços de liberdade individual.

Para terminar estas reflexões, gostaria de referir que se se pretende ter um Direito Penal claramente preventivo e, além disso, renunciar às penas para resolução dos conflitos mediante alternativas à punição. Então teremos que começar a pensar em algo distinto do Direito Penal como instrumento para a manutenção da ordem social construído como um ordenamento que oferece critérios de conduta aos cidadãos. Quiçá talvez seja chegada a hora de procurar aquele “algo melhor que o Direito Penal” que proclamava Radbruch.⁹⁷ Mas, nessa busca, tem de se ter em conta que um sistema de alternativas à pena (ou ao Direito Penal) que não considere os interesses gerais só pode funcionar como sistema fático de resolução dos conflitos e não pode ser avaliado segundo parâmetros normativos de justiça.

Se considerarmos que a política criminal atual procura a expansão do Direito Penal e a simplificação dos modelos de imputação para a aplicação de penas à luz da finalidade de prevenção geral positiva, reafirmando

a concentração vertical do poder, então muitas dificuldades teremos para contar com um sistema de alternativas que adquira universalidade em forma de lei para a resolução dos mais graves conflitos sociais. O risco que corremos, como denunciou Hassemer, é substituir o Direito Penal por “algo pior que o Direito Penal”⁹⁸.

NOTAS

1 Política criminal entendida como ciência que reúne a vontade política para prevenir e reagir ao delito e os limites que lhe são impostos pelo Direito e que assim deveria se apresentar como uma teoria da produção legislativa (*Gesetzgebungslehre*), uma “parte geral” que é concedida ao legislador no momento da criação da norma e que leva em conta aspectos criminológicos e dogmáticos materiais e formais para avaliar os efeitos teóricos e práticos que determinadas decisões normativas podem ter no sistema jurídico de uma determinada sociedade. Para tal, haveria que contar ainda com as contribuições da Sociologia e do Direito Comparado a fim de fixar os limites dentro dos quais o legislador pode mover-se no momento da criação da norma penal. Vide: ZIPF, H. *Kriminalpolitik*. Heidelberg/Karlsruhe: Müller Juristischer Verlag, 1980, p. 2 e ss.

2 Perante um aumento intervencionista do Direito Penal, a dogmática não pode ser complacente nem acrítica, porque, como entende Silva Sánchez, “se trata de valorar la praxis político-criminal intervencionista y de tomar posición ante ella”. Vide: SILVA SÁNCHEZ, J. “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U. & NIETO MARTÍN, A. (Coords). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones Universidad Castilla La Mancha, 2003, p. 25.

3 Vide: MUÑOZ CONDE, F. “El Derecho penal en tiempos de cólera”. In: MUÑOZ CONDE, F.; LORENZO SALGADO, J. M.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; BECHIARELLI, C.; NÚÑEZ PAZ, M. A. (Drs.). *Un derecho penal comprometido*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 852 e ss. Sob o ponto de vista da criminologia sociológica em relação à utilização da violência institucional para reagir contra determinados agentes perigosos, ver: RUGGIERO, V. *La violencia política*. Bari: Laterza, 2006.

4 A doutrina penal espanhola, no entanto, mostra-se cética perante o que considera uma ameaça privatizadora do sistema penal. Vide: CARBONELL MATEU, J. C. “Alternativas al derecho penal”. ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U. & NIETO MARTÍN, A. (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones Universidad Castilla La Mancha, 2003, p. 216; GARCÍA ARÁN, M. “Despenalización y privatización ¿tendencias contrarias?”, *Ibidem*, p. 191 e ss.; “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”. MUÑOZ CONDE, F.; LORENZO SALGADO, J. M.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; BECHIARELLI, C. & NÚÑEZ PAZ, M. A. (Drs.). *Un derecho penal comprometido*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 449 e ss.

5 Sobre o tema, por todos: REGGIO, F. *Giustizia dialogica*. Luci e ombre della Restorative Justice Milano: Franco Angeli, 2010; WALTHER, S. “Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation”. In: ESER, A. & RABENSTEIN, C. (Hrsgs). *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Berlin: Duncker&Humblot, 2004, p. 367 e ss.

6 Num outro estudo, referi-me a um fenómeno esquizofrênico que, por um lado, aceita a expansão constante do Direito Penal e, por outro lado, exige do Direito Penal soluções mais rápidas e eficazes (desformalizadas). Vide: GALAIN PALERMO, P. “Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”. Tradução de Sabadell e Elias. In: FERREIRA MONTE, M.; CALHEIROS, M. C.; CONDE MONTEIRO, F. & NOVERSA LOUREIRO, F. (coords). “Que futuro para o Direito Processual Penal?”. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 614.

7 Vide: HASSEMER, W. “El Derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad”. Tradução de Alfredo Chirino. In: ALBRECHT, HJ.; SIEBER, U.; SIMON, J. M. & SCHWARZ, F. (Comp.) *Criminalidad, evolución del Derecho Penal y crítica al Derecho Penal en la actualidad*. Simposio Argentino-Alemán. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 15.

8 Vide: MARSHALL, T. *Alternatives to Criminal Courts*. The Potential for Non-Judicial Dispute Settlement. Great Britain Gower, 1985.

9 Vide: ROXIN, C. “Sobre o desenvolvimento do Direito Processual alemão”. Tradução de Fernandes Godinho. In: FERREIRA MONTE, M.; CALHEIROS, M. C.; CONDE MONTEIRO, F. & NOVERSA LOUREIRO, F. (coords.). *Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por Ocasão dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 37 e ss.; GALAIN PALERMO, P. “Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”. Tradução de Sabadell e Elias. In: FERREIRA MONTE, M.; CALHEIROS, M. C.; CONDE MONTEIRO, F. & NOVERSA LOUREIRO, F. (coords). “Que futuro para o Direito Processual Penal?”. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 613 e ss. e “Formas de consenso que permitem a suspensão do Processo Penal na Alemanha e Portugal”. In: *Revista do Ministério Público*, Ano 27, abr-jun 2006, 106, p. 43 e ss.

10 Como acontece com a reparação da vítima do delito ou da mediação, que permite pôr um fim ao conflito. A esses temas, refiro-me em: GALAIN PALERMO, P. *La reparación como equivalente funcional de la pena*. Montevideo: Universidad Católica/ Fundación Konrad Adenauer, 2009; *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010; e “Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes”. In: COSTA ANDRADE, M.; ANTUNES, M. J. & AIRES DE SOUSA, S. (eds.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 821-858.

11 O Direito Penal não é uma ordem de normas neutra, é política. Tanto o é assim que a dogmática não é mais que uma muleta utilizada pelo juiz para sustentar uma decisão político-criminal – cf. MUÑOZ CONDE, F. *Edmung Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 47 e ss. De alguma forma, a política criminal está em sintonia com a concepção política do Estado, com a Constituição e a sua interpretação. E, como diz Muñoz Conde, num Estado de Direito a dogmática está ligada a um princípio político-criminal inevitável: o princípio de legalidade dos delitos e das penas que vincula todos os poderes do Estado. *Ibidem*, p. 58.

12 Vide: PRITTWITZ, C. “El derecho penal alemán: fragmentario? Subsidiario? Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal”. In: CASABONA, C. M. R. *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Granada Comares, 2000, p. 427 e ss.

13 Aqui está a primeira e mais relevante relação entre a função do Direito Penal e a proteção dos Direitos Humanos. No caso alemão, este princípio encontra-se no Art. 1 da Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz*).

14 Vide: por todos: ROXIN, C. “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”. In: *JuS*, nº 6, 1966, p. 377 e ss.; “Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen”. In: *JA*, nº 12, 1980, p. 545 e ss.

15 Vide: HASSEMER, W. *Strafen im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 227; “Perspectivas de una nueva política criminal”. Tradução de Guardia. *REVDP*, nº 1, Buenos Aires, 2002, p. 485.

16 Vide: Roxin, C. *Kritische Überlegungen zur Schuldprinzip*. MschrKrim, 1973 p. 316 e ss.; KAUFMANN, A. “Dogmatische und kriminalpolitischen Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht”. In: *JZ*, 1967, p. 555 e ss.; PASTOR, D. “La discusión actual en torno a la

culpabilidad”. In: OLAECHEA, J. U. (Dr.). *Modernas tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal*. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Idemsa, Lima, 2007, p. 780.

17 Vide: HASSEMER, W. *Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 111 e ss.

18 Daí que as formas alternativas de solucionar o conflito penal, como a suspensão provisória do processo a troco de condições ou de injunções (§153 do Código do Processo Penal alemão) sejam consideradas pela doutrina como sendo medidas quase penais (DENCKER, F. “Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB”. In: *JZ*, 5-6, 1973, p. 144; LACKNER, K.; KÜHL, K. *Strafgeszbuch Kommentar*, 25 Auflage. München: Beck, 2014, p. 343) ou substitutos da pena camuflados (SCHMIDHÄUSER, E. “Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?” In: *JZ*, nº 28, 1973, p. 529 e ss.) que não levam a uma declaração de culpa. Facticamente, no entanto, essas condições ou injunções cumprem os mesmos fins e funções das penas, a tal ponto que podem ser considerados equivalentes funcionais da pena. Vide: GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño*. *Op. cit.*, p. 250 e ss.

19 Vide: CHÁVEZ, G. “El derecho Constitucional y el Derecho Penal”. In: *Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo*. Tomo II. Montevideo: Ingranussi, 2000, p. 127 e ss.

20 Vide: GALAIN PALERMO, P. *La Reparación del Daño a la Víctima del Delito*. *op. cit.*, p. 438 e ss.

21 Vide: BERGALLI, R. “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”. In: BERGALLI, R. (coord. y colaborador). *Sistema Penal y Problemas Sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 25 e ss.

22 Vide: ROXIN, C. “Wandlungen der Strafzwecklehre”. In: BRITZ et al. (Hrsgs.). *Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 2001, p. 701 e ss.

23 Vide: BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Temis-Ilanud, 1984, p. 12; GALAIN PALERMO, P. *La Reparación como Equivalente Funcional de la Pena*. *op. cit.*, p. 317 e ss.

24 A concepção moderada do funcionalismo considera as finalidades político-criminais

de um modo geral, isto é, não reduzidas apenas aos fins da pena; no entanto, a concepção radical vincula toda a análise funcional à finalidade preventiva geral positiva da pena. Vide: SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Bosh: Barcelona, 1992, p. 434 e ss.

25 Vide: HASSEMER, W. “Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht”. In: HASSEMER, W.; LÜDERSEN, K. & NAUCKE, W. *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* Heidelberg: Müller, 1983, p. 64.

26 Com esta opinião: ZAFFARONI, E. “La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina”. In: ALBRECHT, HJ.; SIEBER, U.; SIMON, J. M. & SCHWARZ, F. (Comp.) *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*. Simposio Argentino-Alemán. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 6, 12: “O que o Direito Penal deve enfrentar é o impulso desenfreado dos nossos Estados defeituosos (e dos seus sistemas penais perversos) que praticam um exercício desmedido do poder punitivo [...] nestas circunstâncias, o conceito de culpa tradicional é um conceito fundamental para controlar o poder punitivo e evitar penas cruéis e desumanas [...] com adequada amostra de dados sociais e individuais que assinalem erros estatais e do próprio sistema penal que arredondam para menos a autodeterminação por privação de cidadania, de forma a que permita orientar as decisões judiciais até certa compensação da alta seletividade do poder punitivo e da marcada estratificação social”. *Ibidem*, p. 9.

27 Diz-se que há regiões do Brasil com influência belga e outras com influência indiana. Vide: BAER, W. *The Brazilian Economy: Growth and Development*. Westport-Connecticut: Greenwood Publishing Group, 2001, p. 323 e ss.

28 Criticamente sobre as teorias preventivas apoiadas na negação do contrato social e a favor de uma teoria da pena com base no indivíduo, ver: HARZER, R. “La independencia y su significado para la teoría de la pena”. Tradução de Castiñeira Palou e Ricardo Robles Planas. In: *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 35 e ss.

29 Para uma teoria penal baseada na restituição, ABEL, C. & MARSH, F. *Punishment and Restitution: A Restitutionary Approach to Crime and the Criminal*. Connecticut/London: Greenwood Press, 1984.

30 Vide: GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito. op. cit.*, p. 364 e ss.

31 Sobre este tema, proclamando a necessidade da pena ou da teoria da pena. *Ibidem*, cf. GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito. op. cit.*, p. 158 e ss.

32 Vide: “Prevención en el Derecho Penal”. Tradução de Bustos Ramírez. *Poder y Control Social: Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social, Prevención y Teoría de la Pena: Presente y Alternativas*. Barcelona: PPU, 1986, p. 102.

33 Vide: WOLF, P. “Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena”. In: BUSTOS RAMÍREZ, J. (dir.). *Prevención y Teoría de la Pena*. Chile Ed. Conosur, 1995, p. 62 e ss.

34 Vide: LIPTON, D.; MARTINSON, R. & WOKS, J. *The Effectiveness of Correctional Treatment: A Survey of Treatment Evaluation Studies*. New York: Praeger, 1975. A famosa frase pertence a Robert Matinson, que analisou cerca de 231 casos de pessoas em programas de reabilitação nos Estados Unidos da América.

35 Vide: MELOSSI, D. & PAVARINI, M. *Carcere e Fabbrica: Alle Origini del Sistema Penitenziario*. Bologna: il Mulino, 1977, p. 201 e ss.

36 Vide: FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*. Tradução de Aurelio Garzón, 17. ed. Argentina: Siglo Veintiuno, 1989.

37 Vide: MORRISON, W. “Modernity, Imprisonment and Social Solidarity”. In: MATTHEWS, R. & FRANCIS, P. (Eds). *Prisons 2000: An International Perspective on the Current State and Future of Imprisonment*. United Kingdom: Macmillan Press, 1996, p. 94 e ss.

38 AMBOS, K.; MALARINO, E. & ELSNER, G. *Justicia de Transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, 2009.

39 Vide: GALAIN PALERMO, P. “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”. In: *International Criminal Law Review*, nº 10, 2010, p. 601 e ss.

40 Criticamente, GALAIN PALERMO, P. *Relaciones entre el derecho de verdad y el proceso penal*. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No prelo.

41 Criticamente, PRITTWITZ, C. “Notwendige Ambivalenzen. Anmerkungen zum schwierigen Strafprozeß gegen John Demjanjuk”. In: *StV*, nº 11, 2010, p. 654.

42 Vide: <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/wppl-8th_41.pdf>; <http://www.nccd-crc.org/nccd/pubs/2006nov_factsheet_incarceration.pdf> (acesso em: 10 jul.16).

43 Vide: <<http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/>> (acesso em: 10 jul.16).

44 Vide: DURÁ, M. “Análisis de la Situación Penitenciaria y de las Penas Alternativas en Iberoamérica.” Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

45 Sobre o tema, ver: MACHADO, M.; ROCHA, M. & MATSUDA, F. “Estrategias de enfrentamiento de las causas de conflictos violentos: estudio de caso sobre el Primeiro Comando da Capital”. In: SIMON, JM.; GALAIN PALERMO, P. *Conflicto y Sanción en América Latina: Retaliación, Mediación y Punición (REMEP)*. No prelo.

46 Deve-se, no entanto, fazer um esforço para refundar “utilitariamente”? o sistema jurídico-penal. O fim preventivo-especial não deve ser analisado segundo a sua efetividade, a não ser num plano simbólico. Vide: PAVARINI, M. “Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional”. In: *Poder y Control Social. Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social. Prevención y Teoría de la Pena: Presente y Alternativas*. Barcelona: PPU, 1986, p. 163 e ss.

47 Vide: KUBINK, M. *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 338, 270 e ss.

48 Vide: NELLIS, M. “Electronic monitoring and the community supervision of offenders”. In: BOTTOMS, A.; REX, S. & ROBINSON, G. (eds). *Alternatives to Prison: Options for an insecure society*. UK: Willan Publishing, 2004, p. 224 e ss.

49 Vide: KUBINK, M. *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 396 e ss.

50 Pronunciei-me sobre este tema em “Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”. In: FERREIRA MONTE, M. et al. (Coord). *Que Futuro para o*

Direito Processual Penal? op. cit., p. 613 e ss.; e em “Sospensione condizionata del Processo Penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?”. In: PICOTTI, L. (org.). *Tecniche Alternative di Risoluzione dei Conflitti in Materia Penale*. Padova: Cedam, 2011, p. 21 e ss.

51 Vide: GALAIN PALERMO, Pablo. *La reparación del daño a la víctima del delito*. *op. cit.*, p. 357, 432 e ss.

52 Segundo Dignan: “The key attributes of restorative justice are the principle of ‘inclusivity’, the balancing of interests, non-coercive practice and a problem-solving orientation”. Vide: MC IVOR, G. “Reparative and restorative approaches”. In: BOTTOMS, A.; REX, S. & ROBINSON, G. (eds). *Alternatives to Prison: Options for an insecure society*. UK: Willan Publishing, 2004, p. 166.

53 Vide: WALGRAVE, L. “Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflection on the Judicial Reaction to Crime”. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J. V.; BOTTOMS, A. E.; ROACH, K. & SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 61 e ss.

54 Vide: por todos: BIANCHI, H. “Abolition: assensus and sanctuary”. In: BIANCHI, H.; VAN SWAANINGEN, R. (eds.). *Abolitionism Towards a Non-Repressive Approach to Crime*. Amsterdam: Free University Press, 1986, p. 117 e ss. No entanto, essa postura abolicionista não oferece alternativas à pena, questão que não abordo nestas reflexões.

55 Vide: GALAIN PALERMO, P. “Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes”. *op. cit.*, p. 839; WALGRAVE, L. “Extending the Victim perspective towards a systemic restorative justice alternative”. In: CRAWFORD, A. & GOODEY, J. (Eds.). *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice: International Debates*. Aldershot: Ashgate, 2000, p. 253 e ss. ; SCHWEIGERT, F. J. “Moral and Philosophical Foundations of Restorative Justice”. In: PERRY, J. G. (Ed.). *Repairing Communities through Restorative Justice*. American Correctional Association. Maryland Lanham, 2002, p. 34.

56 Vide: DUFF, A. “Restoration and Retribution”. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J. V.; BOTTOMS, A. E.; ROACH, K. & SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 43.

57 Vide: BOTTOMS, A. “Some Sociological Reflections on Restorative Justice”. In: *Restorative Justice and Criminal Justice. Op. cit.*, p. 79 e ss.

58 Vide: SCHÖCH, H. “Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren”. In: *NStZ*, 9, 1984, p. 385 e ss.; SEELMANN, K. “Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht”. In: *JZ*, 1989, p. 670; ESER, A. “Rechtsgut und Opfer: Zur Überholung des einen auf Kosten des anderen”. In: *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*. Nomos: Baden-Baden, 1996, p. 105.

59 Vide: BAUMANN, J. “Zur Repersonalisierung des Strafrechts”. In: KÜPER, W. & WELP, J. (ed.). *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walther Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 44; WALTHER, S. “Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation”. In: ESER, A. & RABENSTEIN, C. (Hrsgs). *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Berlin: Duncker&Humblot, 2004, p. 279 e ss.; FREHSEE, D. *Wiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.

60 Vide: RICE, P. “Mediation and arbitration as a Civil Alternative to the Criminal Justice System: An overview and legal analysis”. In: *American University Law Review*, nº 29, 1979, p. ii.

61 Vide: GALAIN PALERMO, P. *Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes*. *op. cit.*, p. 835 e ss.

62 Vide: JAKOBS, G. “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung” (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M, 1985). In: *ZStW*, nº 97, 1985, p. 753.

63 Vide: GAROFALO, R. *La Criminología: estudio sobre la Naturaleza del Crimen y Teoría de la Penalidad*. Tradução de Borrajo. Madrid: Jorro, 1912, p. 508 e ss.; FERRI, E. *Sociología Criminal*. Tomo primero. Tradução de Soto y Hernández. Madrid: Centro editorial de Góngora, p. 277 y 234.

64 Sobre a relação entre o Positivismo criminológico italiano e as ideias de Von Liszt sobre o fim preventivo da pena, Vide: HOLZHAUER, H. *Willensfreiheit und Strafe: Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1970, p. 178 e ss.; recentemente, MUÑOZ CONDE, F. “La herencia de Franz von Liszt”. In: *RP*, nº 27, 2011, p. 159 e ss.

65 Vide: DONINI, M. *El Derecho Penal frente a los Desafíos de la Modernidad*. Ara: Lima, 2010.

66 Vide: BÖHM, M. L. *Der ‘Gefährder’ und das ‘Gefährdungsrecht’*: Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung. Universitätsverlag Göttingen: Göttingen, 2011, p. 44 e ss.

67 Vide: LEA, J. *Delito y Modernidad: Nuevas Argumentaciones en la Criminología Realista de Izquierda*. Tradução de Piombo. México: Coyoacán, 2006, p. 74.

68 Sob uma perspectiva penal, cf. AMBOS, K. “Feindstrafrecht”. In: ZStrR, 124, 2006, p. 23; sob uma perspectiva criminológica, cf. ALBRECHT, HJ. “Öffentliche Meinung, Kriminalpolitik und Kriminaljustiz”. In: WALTER, M.; KANIA, H. & ALBRECHT, HJ. *Alltagsvorstellungen von Kriminalität: Individuelle und gesellschaftliche Bedeutung von Kriminalitätsbildern für die Lebensgestaltung*. Münster: LIT, 2004, p. 504 e ss.

69 Vide: PEÑARANDA RAMOS, E. “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito”. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Ed.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Fundamentos y Posibilidades de Aplicación*. Granada: Comares, 2005, p. 223 e ss.

70 Consequência da estandardização e normalização do delito denunciado por Lea, o delito expande-se e seu controle é debilitado – cf. LEA, J. *Delito y Modernidad. Op. cit.*, p. 300 e ss.

71 Como considerar que a finalidade do castigo é manter a confiança geral na norma. Vide: JAKOBS, G. *Schuld und Prävention*. Tübingen: Mohr, 1976, p. 32 e ss., “La pena como reparación del daño”. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: *Dogmática y Criminología: Dos Visiones Complementarias del Fenómeno Delictivo*. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía. Bogotá: Legis, 2008, p. 32.

72 Vide: GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito. Op. cit.*, p. 453. De outra opinião, por todos: ROXIN, C. “Zur Wiedergutmachung als einer ‘dritten Spur’ im Sanktionensystem”. In: ARTZ, et al. (Org). *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag 22 Juni 1992*, Gieseking: Bielefeld, 1992, p. 244 e ss.

73 Vide: GALAIN PALERMO, P. *La Reparación del Daño a la Víctima del Delito. op. cit.*, p. 455 e ss.

74 Vide: por todos: FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal*. Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 33.

75 Vide: JAKOBS, G. “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)”. In: ESER, E.; HASSEMER, W. & BURKHARDT, B. (Hrsgs). *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausende: Rückbesinnung und Ausblick*. München: Beck, 2000, p. 51 e ss.

76 BÖHM, M. L. “Políticas criminales complementarias. Una perspectiva biopolítica”. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. In: *Criminología*, nº 4. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007, p. 87 e ss.

77 Vide: HASSEMER, W. “Seguridad por intermedio del derecho penal”. In: CÓRDOBA, G. & MAIER, J. (comp.). *¿Tiene un futuro el derecho penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 25.

78 A pena serve para autoconfirmar a identidade da sociedade – cf. JAKOBS, G. *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 3. ed. Berlin: Duncker&Humblot, 1999, p. 108 e ss.

79 Vide: SIEBER, U. “Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt-Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten”. In: *NStZ*, 7, 2009.

80 Vide: WALTER, M.; KANIA, H.; ALBRECHT, HJ. *Alltagsvorstellungen von Kriminalität: Individuelle und gesellschaftliche Bedeutung von Kriminalitätsbildern für die Lebensgestaltung*. Münster: LIT, 2004, p. 117 e ss. Vide: FOUCAULT, M. *Historia de la Sexualidad I: La voluntad de saber*. México: Siglo XXI, 2005, p. 167.

81 Vide: KUBINK, M. *Strafen und ihre Alternativen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 710.

82 Nesse sentido, também poder-se-ia falar de um resurgimento de uma política criminal moralizante ou moralizadora ao estilo de Durkheim. *Ibidem*, p. 721 e ss.

83 Como aqui defendido: “Relacionando a reparação com os fins da pena, toma-se partido de uma teoria da pena inclusiva, uma reação jurídica e social perante o delito, uma solução do

conflicto causada por um delito que tenha em conta os interesses dos protagonistas e os interesses da comunidade” (GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito. op. cit.*, p. 164).

84 Vide: ALBRECHT, HJ.; SIMON, JM.; REZAEI, H.; ROHNE, H.-C. & KIZA, E. (Orgs.). *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies: Between Tradition and Modernity*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

85 Vide: BORJA GIMÉNEZ, E. *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*. Valencia: Tirant lo Blanch: 2001; “El derecho consuetudinario indígena como mecanismo de reducción de la violencia en los pueblos originarios de Latinoamérica”. In: Simon, JM. & GALAIN PALERMO, P. *Sanción y Control Social en América Latina, op. cit.*

86 Vide: BAUMANN, J. *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung: Arbeitskreis Deutscher, Österreicher und Schweizerischer Strafrechtslehrer*. München: Beck, 1992; SCHÖCH, H. “Wege und Irrwege der Wiedergutmachung im Strafrecht”. In: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. De Gruyter, 2001, p. 1048 e ss.

87 Vide: GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito. op. cit.*, p. 261 e ss.

88 Vide: JUNG, C. *Der Täter Opfer-Ausgleich als Weisung: Verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153 a Abs. 1 StPO*. Hamburg: Dr. Kovac, 2008, p. 270; KONDIZIELA, A. “Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldvermutung”. In: *MschKrim*, 1989, p. 187 e ss.

89 Vide: GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito. op. cit.*, p. 270, nota 92.

90 *Ibidem*, p. 422 e ss.

91 *Ibidem*, p. 390 e ss.

92 Vide: SCHMIDHÄUSER, E. *Freiverkaufen mit Strafcharakter im Strafprozeß? op. cit.*, p. 529 e ss.

93 Vide: GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito. op. cit.*, p. 425 e ss.

94 *Ibidem*, p. 248 e ss.

95 Outros sistemas penais muito semelhantes ao alemão e com influência no brasileiro, como é o caso do português, deram recentemente os primeiros passos em direção à mediação com alternativa à pena. Os portugueses, tal como os alemães, aceitam o desvio do processo, sendo que quem decide sobre a mediação não é o juiz, mas sim o Ministério Público. Dessa forma, o sistema penal português deixa toda a política criminal futura de delitos castigados até cinco anos de prisão nas mãos de procuradores, como tive oportunidade de desenvolver num artigo de homenagem ao Prof. Figueiredo Dias: “Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes”, *op. cit.*

96 Vide: GALAIN PALERMO, P. *Reparación del daño a la víctima del delito. Op. cit.*, p. 437.

97 Vide: RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*. 8. Eded: Stuttgart, 1973, p. 265.

98 Vide: HASSEMER, W., “Seguridad por intermedio del derecho penal”. *Op. cit.*, p. 39.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : ABEL, C. & MARSH, F. *Punishment and Restitution: A Restitutionary Approach to Crime and the Criminal*. Connecticut/London: Greenwood Press, 1984
- : ALBRECHT, HJ.; SIMON, JM.; REZAEI, H.; ROHNE, HC. & KIZA, E. (Orgs.). *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies: Between Tradition and Modernity*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.
- : _____. “Öffentliche Meinung, Kriminalpolitik und Kriminaljustiz”. In: WALTER, M.; KANIA, H. & ALBRECHT, HJ. *Alltagsvorstellungen von Kriminalität: Individuelle und gesellschaftliche Bedeutung von Kriminalitätsbildern für die Lebensgestaltung*. Münster: LIT, 2004
- : AMBOS, K.; MALARINO, E. & ELSNER, G. *Justicia de Transición*. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, 2009.
- : _____. “Feindstrafrecht”. *ZStrR*, nº 124. 2006.
- : BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Bogotá: Temis-Ilanud, 1984.
- : BAER, W. *The Brazilian Economy: Growth and Development*. Westport-Connecticut: Greenwood Publishing Group, 2001.
- : BAUMANN, J. “Zur Repersonalisierung des Strafrechts”. In: KÜPER, W. & WELP, J. (ed.). *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walther Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993.
- : _____. *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung: Arbeitskreis Deutscher, Österreicher und Schweizerischer Strafrechtslehrer*. München: Beck, 1992.
- : BERGALLI, R. “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”. In: _____. (coord. y colaborador). *Sistema Penal y Problemas Sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- : BIANCHI, H. “Abolition: assensus and sanctuary”. In: _____.; VAN SWAANINGEN, R. (eds.). *Abolitionism Towards a Non-Repressive Approach to Crime*. Amsterdam: Free University Press, 1986.

- : BÖHM, M. L. “Políticas criminales complementarias. Una perspectiva biopolítica”. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. In: *Criminología*, nº 4. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007.
- : _____. *Der ‘Gefährder’ und das ‘Gefährdungsrecht’*. Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung. Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2011.
- : BORJA GIMÉNEZ, E. “El derecho consuetudinario indígena como mecanismo de reducción de la violencia en los pueblos originarios de Latinoamérica”. In: SIMON, JM.; GALAIN PALERMO, P. *Sanción y Control Social en América Latina*.
- : _____. *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001
- : BOTTOMS, A. “Some Sociological Reflections on Restorative Justice”. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K. & SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?* Hart Publishing, Oregon, 2003.
- : CARBONELL MATEU, J. C. *Alternativas al derecho penal*. ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U. & NIETO MARTÍN, A. (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones Universidad Castilla La Mancha, 2003.
- : CHÁVEZ, G. “El derecho Constitucional y el Derecho Penal”. In: *Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo*. Tomo II. Montevideo: Ingranussi, 2000.
- : DENCKER. “Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB”. In: *JZ* 5-6, 1973.
- : DONINI, M. *El Derecho Penal frente a los Desafíos de la Modernidad*. Lima: Ara, 2010.
- : DUFF, A. “Restoration and Retribution”. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J. V.; BOTTOMS, A. E.; ROACH, K. & SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?* Oregon: Hart Publishing, 2003.
- : DURÁ, M. *Análisis de la Situación Penitenciaria y de las Penas Alternativas en Iberoamérica*. Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

PREFÁCIO

- : ESER, A. “Rechtsgut und Opfer: Zur Überholung des einen auf Kosten des anderen”. In: IMMENGA, U. *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*. Baden-Baden: Nomos Verlagsges, 1996.
- : FERRI, E. *Sociología Criminal*. Tomo primero. Tradução Antonio Soto y Hernández. Madrid: Centro editorial de Góngora, 2006.
- : FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal: Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais - A Doutrina Geral do Crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- : FOUCAULT, M. *Historia de la Sexualidad I. La voluntad de saber*. México: Siglo XXI, 2005.
- : _____. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*. Tradução Aurelio Garzón. 17. ed. Argentina: Siglo Veintiuno, 1989.
- : FREHSEE, D. *Wiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.
- : GALAIN PALERMO, P. “Formas de consenso que permitem a suspensão do Processo Penal na Alemanha e Portugal”. In: *Revista do Ministério Público*, Ano 27, Abr-Jun 2006.
- : _____. “Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes”. In: COSTA ANDRADE, M.; ANTUNES, M. J. & AIRES DE SOUSA, S. (eds.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- : _____. *Relaciones entre el derecho de verdad y el proceso penal*. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No prelo.
- : _____. “Sospensione condizionata del Processo Penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?” In: PICOTTI, L. (org.). *Tecniche Alternative di Risoluzione dei Conflitti in Materia Penale*. Padova: Cedam, 2011.
- : _____. “Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”. Tradução Sabadell e Elias. In: FERREIRA MONTE, M.; CALHEIROS, M. C.; CONDE MONTEIRO, F. & NOVERSA LOUREIRO, F. (coords). *Que futuro para o Direito Processual*

- penal?* Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- : _____. “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”. In: *International Criminal Law Review* nº 10, 2010.
- : _____. *La reparación como equivalente funcional de la pena*. Montevideo: Universidad Católica/ Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- : _____. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- : GARCÍA ARÁN, M. “Despenalización y privatización ¿tendencias contrarias?” In: ZAPATERO, L. A.; MARTÍN, A. N. & NEUMANN, U. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 191-200.
- : _____. “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”. In: MUÑOZ CONDE, F.; LORENZO SALGADO, J. M.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; CORTÉS BECHIARELLI, E. & NÚÑEZ PAZ, M. A. (Drs.). *Un derecho penal comprometido: Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- : GAROFALO, R. *La Criminología*. “Estudio sobre la Naturaleza del Crimen y Teoría de la Penalidad”. Tradução de Borrajo. Madrid: Ed. Jorro, 1912.
- : HARZER, R. “La independencia y su significado para la teoría de la pena”. Tradução de Castiñeira Palou e Ricardo Robles Planas. In: *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000.
- : HASSEMER, W. “El Derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad”. Tradução de Alfredo Chirino. In: ALBRECHT, HJ.; SIEBER, U.; SIMON, J. M. & SCHWARZ, F. (Comp.) *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*. Simposio Argentino-Alemán. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.
- : _____. “Prevención en el Derecho Penal”. Tradução de Bustos Ramírez. *Poder y Control Social: Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social, Prevención y Teoría de la Pena: Presente y Alternativas*. Barcelona: PPU, 1986.
- : HASSEMER, W. “Seguridad por intermedio del derecho penal”. In: CÓRDOBA, G. &

- MAIER, J. (comp.). *¿Tiene un futuro el derecho penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- : _____ . “Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht”. In: _____ .
LUDERSSSEN, K. & NAUCKE, W. *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*
Heidelberg: Müller, 1983.
- : _____ . *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una Teoría de la Imputación en
Derecho Penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia:
Tirant lo Blanch, 1999.
- : _____ . *Strafen im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2000.
- : _____ . *Perspectivas de una nueva política criminal*. Tradução de Guardia. *REVDP*, nº
1, Buenos Aires, 2002.
- : HOLZHAUER, H. *Willensfreiheit und Strafe*. “Das Problem der Willensfreiheit in der
Strafrechtslehre des 19”. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit. Berlin:
Erich Schmidt Verlag, 1970.
- : HARTNEY, C. *US Rates of Incarceration: A Global Perspective*. In: FACT SHEET:
Research from the National Council on Crime and Delinquency, November 2006. Disponível
em: <[http://www.nccdglobal.org/sites/default/files/publication_pdf/factsheet-us-
incarceration.pdf](http://www.nccdglobal.org/sites/default/files/publication_pdf/factsheet-us-incarceration.pdf)> (acesso em 16.ago.16).
- : JAKOBS, G. “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen
der Gegenwart (Kommentar)”. In: ESER, E.; Hassemer, W. & BURKHARDT, B. (Hrsgs).
Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausende. Rückbesinnung und Ausblick.
München: Beck, 2000.
- : _____ . “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der
Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M 1985)”. In: *ZStW*, nº 97, 1985.
- : _____ . *Norm, Person, Gesellschaft*. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. 3. ed.
Berlin: Duncker&Humblot, 1999.
- : _____ . *Schuld und Prävention*. Tübingen: Mohr, 1976.
- : _____ . “La pena como reparación del daño. Tradução Manuel Cancio Meliá”. In:
Dogmática y Criminología: Dos Visiones Complementarias del Fenómeno Delictivo.
Homenaje a Alfonso Reyes Echandía. Bogotá: Legis, 2008.

- : JUNG, C. *Der Täter: Opfer-Ausgleich als Weisung. Verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153 a Abs. 1 StPO*. Hamburg: Dr. Kovac, 2008.
- : KAUFMANN, A. “Dogmatische und kriminalpolitischen Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht”. In: *JZ*, 1967.
- : KONDIZIELA, A. “Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldvermutung”. In: *MschKrim*, 1989.
- : KUBINK, M. *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
- : LACKNER, K. & KUHL, K. *Strafgeszbuch Kommentar, 25 Auflage*. München: Beck, 2014.
- : LEA, J. *Delito y Modernidad: Nuevas Argumentaciones en la Criminología Realista de Izquierda*. Tradução de Piombo. México: Coyoacán, 2006.
- : LIPTON, D.; MARTINSON, R. & WOKS, J. *The Effectiveness of Correctional Treatment: A Survey of Treatment Evaluation Studies*. New York: Praeger, 1975.
- : MACHADO, M.; ROCHA, M. & MATSUDA, F. “Estrategias de enfrentamiento de las causas de conflictos violentos: estudio de caso sobre el Primeiro Comando da Capital”. In: SIMON, JM. & GALAIN PALERMO, P. *Conflicto y Sanción en América Latina: Retaliación, Mediación y Punición*. REMEP. No prelo.
- : MARSHALL, T. *Alternatives to Criminal Courts: The Potential for Non-Judicial Dispute Settlement*. Great Britain Gower, 1985.
- : MC IVOR, G. “Reparative and restorative approaches”. In: BOTTOMS, A.; REX, S. & ROBINSON, G. (eds). *Alternatives to Prison: Options for an insecure society*. UK: Willan Publishing, 2004.
- : MELOSSI, D. & PAVARINI, M. *Carcere e Fabbrica: Alle Origini del Sistema Penitenziario*. Bologna: il Mulino, 1977.
- : MORRISON, W. “Modernity, Imprisonment, and Social Solidarity”. In: MATTHEWS, R. & FRANCIS, P. (eds). *Prisons 2000: An International Perspective on the Current State and Future of Imprisonment*. UK: Macmillan Press, 1996.

- : MUÑOZ CONDE, F. “El Derecho penal en tiempos de cólera”. In: _____.; LORENZO SALGADO, J. M.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; BECHIARELLI, C. & NÚÑEZ PAZ, M. A. (Drs.). *Un derecho penal comprometido: Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- : _____. “La herencia de Franz von Liszt”. In: *RP*, nº 27, 2011.
- : _____. *Edmung Mezger y el derecho penal de su tiempo: Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- : NATIONAL INSTITUTE FOR DISPUTE RESOLUTION. “Dispute Resolution Resource Directory”. Washington, 1984.
- : NELLIS, M. “Electronic monitoring and the community supervision of offenders”. In: BOTTOMS, A.; REX, S. & ROBINSON, G. (eds). *Alternatives to Prison: Options for an insecure society*. UK: Willan Publishing, 2004.
- : PASTOR, D. “La discusión actual en torno a la culpabilidad”. In: OLAECHEA, J. U. (Dr.). *Modernas tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal: Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Idemsa, Lima, 2007.
- : PAVARINI, M. “Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional”. In: “Poder y Control Social”. *Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social. Prevención y Teoría de la Pena: Presente y Alternativas*. Barcelona: PPU, 1986.
- : PRITTWITZ, C. “El derecho penal alemán: fragmentario? Subsidiario? Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal”. In: CASABONA, C. M. R. *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Granada Comares, 2000.
- : _____. “Notwendige Ambivalenzen. Anmerkungen zum schwierigen Strafprozeß gegen John Demjanjuk”. In: *StV*, nº 11, 2010.
- : RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*. 8. ed. Stuttgart, 1973.
- : RAMOS, E. P. “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito”. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Ed.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Fundamentos y Posibilidades de Aplicación*. Granada: Comares, 2005.

- : REGGIO, F. *Giustizia dialogica: Luci e ombre della Restorative Justice*. Milano: Franco Angeli, 2010.
- : RICE, P. “Mediation and arbitration as a Civil Alternative to the Criminal Justice System: An overview and legal analysis”. In: *American University Law Review*, nº 29, 1979.
- : ROXIN, C. *Kritische Überlegungen zur Schuldprinzip*. MschrKrim, 1973.
- : _____. “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”. In: *JuS*, nº 6, 1966.
- : _____. “Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen”. In: *JA*, nº 12, 1980.
- : _____. “Sobre o desenvolvimento do Direito Processual alemão”. Tradução de Fernandes Godinho. In: FERREIRA MONTE, M.; CALHEIROS, M. C.; CONDE MONTEIRO, F. & NOVERSA LOUREIRO, F. (coords.). “Que Futuro para o Direito Processual Penal?": Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- : _____. “Wandlungen der Strafzwecklehre”. In: BRITZ, et al. (Hrsgs.). *Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 2001.
- : _____. “Zur Wiedergutmachung als einer ‘dritten Spur’ im Sanktionensystem”. In: ARTZ, et al. (Org). *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag 22 Juni 1992*. Bielefeld: Giesecking, 1992.
- : RUGGIERO, V. *La violenza política*. Bari: Laterza, 2006.
- : SCHMIDHÄUSER, E. “Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?” In: *JZ*, nº 28, 1973.
- : SCHÖCH, H. “Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren”. In: *NStZ*, nº 9, 1984.
- : _____. “Wege und Irrwege der Wiedergutmachung im Strafrecht”. In: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. De Gruyter, 2001.
- : SCHWEIGERT. “Moral and Philosophical Foundations of Restorative Justice”. In: PERRY (Ed.). *Repairing Communities through Restorative Justice*, American Correctional Association. Maryland Lanham, 2002.

- : SEELMANN, K. “Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht”. In: *JZ*, 1989.
- : SIEBER, U. “Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt-Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten”. In: *NStZ*, nº 7, 2009.
- : SILVA SÁNCHEZ, J. “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U. & NIETO MARTÍN, A. (Coords). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones Universidad Castilla La Mancha, 2003
- : _____. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosh,1992.
- : WALGRAVE, L. “Extending the Victim perspective towards a systemic restorative justice alternative”. In: CRAWFORD, A. & GOODEY, J. (Eds.). *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice: International Debates*. Aldershot: Ashgate, 2000.
- : _____. “Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflection on the Judicial Reaction to Crime”. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J. V.; BOTTOMS, A. E.; ROACH, K. & SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oregon: Hart Publishing, 2003.
- : WALTER, M.; KANIA, H. & ALBRECHT, HJ. *Alltagsvorstellungen von Kriminalität*. “Individuelle und gesellschaftliche Bedeutung von Kriminalitätsbildern für die Lebensgestaltung”. Münster: LIT, 2004.
- : WALTHER, S. “Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation”. In: ESER, A. & RABENSTEIN, C. (Hrsgs). *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Berlin: Duncker&Humblot, 2004.
- : _____. *Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt: Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.
- : WOLF, P. “Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena”. In: BUSTOS RAMÍREZ, J. (dir.). *Prevención y Teoría de la Pena*. Chile: Ed. Conosur, 1995.

- : ZAFFARONI, E. “La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina”. In: ALBRECHT, HJ.; SIEBER, U.; SIMON, J. M. & SCHWARZ, F. (Comp.) Criminalidad, evolución del Derecho Penal y crítica al Derecho Penal en la actualidad. Simposio Argentino-Alemán. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.
- : ZIPF, H. *Kriminalpolitik*. Heidelberg/Karlsruhe: Müller Juristischer Verlag, 1980.

MEDIAÇÃO E RECONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE REGULAÇÃO SOCIAL “CRIME-PENA”

Leonardo Sica

Superada a primeira década do atual século, não parece mais razoável empenhar tempo e energia para discutir temas como a possibilidade de a reparação do dano integrar-se ao Direito Penal, a necessidade de abrir espaços para conciliação e participação da vítima no processo penal ou a promoção da “cultura de paz” por meio do Direito.

Por outro lado, há significativos esforços retóricos para bloquear quaisquer iniciativas para a implementação dessas ideias, geralmente ancorados nos discursos punitivos de lei e ordem e etc. E, por óbvio, na irresistível tendência humana de manter o *status quo*, sempre reforçada pelo ambiente conservador do Direito.

Apenas para ilustrar o exaurimento da discussão teórica nesses pontos, vale lembrar que Pablo Galain, no presente livro e há tempos, vem demonstrando que a reparação do dano pode funcionar como equivalente funcional da pena, satisfazendo as necessidades de reprovação e prevenção do crime e tornando a resposta punitiva desnecessária em inúmeros casos. Os estudos do autor são categóricos e dificilmente refutáveis nesse sentido. A citação é exemplificativa: centenas de estudos, simpósios e pesquisas já dissecaram os temas acima relacionados, dando conta da efetiva necessidade de transposição daqueles conceitos para a prática da justiça criminal.

Nas duas últimas décadas, os temas de reparação do dano, conciliação e, em geral, soluções consensuais em matéria penal convergiram para a justiça restaurativa, que surgiu como modelo, ainda projetado, apto a criar um espaço para abordagens e práticas inovadoras de solução de conflitos no campo penal. No entanto, concretamente pouco se avançou no campo da justiça restaurativa, modelo ainda reservado a contextos limitados ou pouco expressivos.

Contrapondo essa realidade àqueles consensos teóricos esboçados no primeiro parágrafo, parece-me que, em matéria criminal, as reformas até aqui realizadas seguem a máxima do *Gattopardo*, de Tomasi di Lampedusa: “é preciso que tudo mude, para que tudo fique como está [...]”.

Por isso, corro o risco da redundância, para reforçar conceitos nada novos que, paradoxalmente, propõem-se a embasar práticas inovadoras.

MEDIAÇÃO E REPARAÇÃO

A mediação pode ser considerada como meio intuitivo e natural para enfrentar problemas ou conflitos que opõem duas ou mais pessoas, dois ou mais pontos de vista ou posições antagônicas.

É intuitivo que pessoas envolvidas em um conflito recorram ao diálogo para sair daquela situação problemática. Se ambas não conseguem estabelecer condições para dialogar, é natural recorrer a um terceiro para facilitar a conversa e criar um ambiente favorável à solução negociada.

Mais adiante, também parece natural que o conteúdo primário de qualquer prática de resolução de conflitos seja sua solução por meio da reparação do dano, da conciliação ou da restauração das relações afetadas. Solução a ser construída por meio de atitudes e compromissos de reconhecimento mútuo e satisfação das expectativas legítimas de cada um dos afetados (indivíduo ou comunidade).

Em ambientes como casa, família, escola, vizinhança, é frugal as pessoas recorrerem ao diálogo para enfrentar problemas. O pai que percebe um atrito entre dois irmãos, ou entre seu filho e um amigo, intervém para pacificar a situação e primeiro busca entender o que aconteceu, ouvindo os dois e, idealmente, propõe que ambos se entendam e voltem a brincar como faziam antes. Assim ocorre na escola, entre vizinhos, no trabalho. Se naqueles ambientes todos os problemas fossem unicamente respondidos com a imposição de castigos e sanções, a convivência ficaria insuportavelmente tensa, pouco solidária e baseada em laços artificiais de “respeito” (ao outro e às normas), que ocupariam o lugar da reciprocidade e da alteridade. Mediar é uma prática tão antiga quanto a vida em comunidade.

Não se trata aqui de fazer “escorço histórico” da mediação, o que seria inviável e sempre acabaria por reduzir a dimensão ampla da atividade enfocada, mas vale lembrar que mediar é dividir, abrir ao meio, termo que se adapta para indicar a finalidade de enfrentar dinamicamente uma situação problemática e abrir canais de comunicação bloqueados; compreender o motivo e a origem do conflito, confrontar os pontos de vista e encontrar uma solução,

sob a forma de reparação, mais simbólica do que material¹. A mediação visa a restabelecer o diálogo entre as partes para poder alcançar um objetivo concreto: a reorganização das relações² com resultado o mais satisfatório possível para todos³. A mediação não oferece às partes somente a possibilidade de encontrar uma modalidade de conciliação: oferece também a chance para a abertura de espaços comunitários, para construir um segmento do tecido social e reconstruir o processo de regulação social de forma negociada.

Atualmente, se o problema/conflito recebe o rótulo de “crime” e o ambiente em que será enfrentado, a “justiça”, a mediação, automaticamente, é excluída: torna-se resposta inviável, inaceitável, até proibida.

Não à toa grande parte dos estudiosos do tema não trabalham sobre a mediação penal. De fato, como instrumento mais amplo de atuação, a mediação vem sendo aplicada em diversos contextos, razão pela qual é necessário buscar uma base própria para a mediação penal, principalmente em face do saber penal caracterizar-se como sistema de pensamento fechado e isolado de outros saberes.

Mesmo dentro do Direito, o Direito Penal criou um mundo alheio ao seu redor, separado e alienado dos “outros Direitos”. Por isso, tornou-se mais “Penal” e menos “Direito”. Também por isso, substitui qualquer forma de mediação do conflito pela imposição da pena. Criou-se, para nós, um nó a desatar: como legitimar, ou melhor, relegitimar a mediação como resposta penal? Como recuperar aquela noção de construção de justiça e produção do Direito por meio do diálogo?

Dieter Rössner não vê dificuldades na superação desse entrave. Pelo contrário, demonstra que a *mediação é elemento básico do controle do crime*⁴. Para o autor, a teoria criminal tenta se autoimunizar contra a realidade social, ignorando a complexidade do conflito entre vítima e ofensor, decidindo-o sobre *standards* legais e escusando-se de compreendê-lo. Contudo, os procedimentos de pacificação, reconciliação e recomposição, tal como a mediação, sempre compuseram a noção de justiça penal, sempre foram habituais nas comunidades humanas, mas foram suprimidos pelos limites artificiais do sistema legal e substituídos pelas práticas punitivas por algumas razões, entre as quais: “um Estado fraco revela sua fraqueza através do controle brutal do crime”⁵. O fortalecimento do poder punitivo levou a

teoria criminal tradicional a deixar de considerar o que Rössner classifica como *dependência mútua* entre os dois sistemas (mediação e punição), a qual justifica, amplamente, a incorporação da mediação no sistema estatal de controle do crime, pois “a característica do sistema penal legal é o controle estatal, não a punição”⁶.

Nessa linha, Rössner propõe que a mediação penal localize-se entre a não intervenção e a punição, o que põe em relevo sua funcionalidade para a efetivação da ideia de *ultima ratio*. O mais importante nessa proposta é a percepção de que o controle estatal do crime é imprescindível, mas deve ser compreendido apenas como parte do sistema geral de controle social. Parte complementada por outros sistemas; parte na qual ambos os meios de controle são necessários (pena e mediação) e devem ser balanceados. Esse balanceamento pressupõe que ao ofensor seja dada a oportunidade de associação voluntária, afirmação da norma (*rule affirmation*) e integração à comunidade⁷, antes do acionamento dos mecanismos punitivos.

Ao longo da História, os homens elaboraram numerosas modalidades de gestão dos conflitos, algumas baseadas na força, ou seja, na utilização de uma posição de supremacia real ou presumida, outras baseadas no diálogo, no reconhecimento, ao menos formal, de uma posição de paridade. Todas as modalidades de gestão do conflito (baseadas na força ou no consenso) têm em comum a vontade de resolver um problema que criou um *dissídio* entre as partes ou entre estas e o sistema normativo.

A presença do terceiro neutro ao conflito torna-se necessária, vez que com frequência a diversidade de visões gera comportamentos hostis e dificuldade na comunicação: são as próprias partes que pedem a intermediação do terceiro que garanta a discussão num nível de civilidade e que se desenvolva no interesse dos contendores de encontrar uma solução ao problema. A arbitragem, a conciliação⁸ e a mediação se inserem na categoria mais ampla de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), ou seja, daquelas técnicas de resolução dos conflitos diversas do recurso à autoridade judiciária e ao processo adversarial.

A mediação é um processo (no sentido de atividade) de resolução dos conflitos no qual é delegado às partes o poder e, conseqüentemente, a responsabilidade de decidir se e como encontrar uma solução ao conflito, na presença de um ou mais mediadores, cuja tarefa exclusiva é facilitar a comunicação.

O diálogo livre e mediado exercita a capacidade relacional dos cidadãos, a qual é absolutamente abolida pela justiça penal tradicional, pois, no processo penal, a regra é o *distanciamento*; na mediação, *o encontro*. Logo, a potencialidade da mediação depende de um projeto com o fulcro de *reconstrução do processo de regulação social* (o que requer a sua inserção em um *espaço-outro*, em uma nova moldura conceitual, oferecida pela justiça restaurativa).

Porém, a adoção da mediação na atualidade passa pela quebra do paradigma de justiça penal vigente, o que pode ser justificado por diversos motivos. E, a despeito de quaisquer considerações teóricas, essa pretensão enfrentará como principal barreira o *hábito de punir*. Punir, esperar pela punição, reclamar da impunidade tornou-se hábito da sociedade contemporânea, cujas expectativas de justiça e Direito foram colonizadas por uma dualidade: punição como solução/impunidade como problema. Tal dualidade, por ser extremamente simplista e superficial, acaba por oferecer uma saída ilusória para todas as angústias e aflições do cidadão contemporâneo.

Zaffaroni e Batista⁹ fornecem a pista para desmontar essa equação (falsa), demonstrando que os modelos reparador e punitivo sempre coexistiram, mas “[...] o modelo de solução dos conflitos pelas partes se sustentou enquanto não foi gerado um poder central verticalizante, mas quando este apareceu e adquiriu força suficiente, confiscou a vítima mediante o modelo decisório ou punitivo.”

A linha demarcatória entre os modelos é a posição da vítima. Notam os autores, ainda, que a diferença entre ambos

[...] provém da díspar natureza abstrata dos modelos a que correspondem: ao passo que o modelo reparador ou restitutivo é de solução de conflitos, o punitivo é de decisão de conflitos (que de fato não resolve, mas, como já se disse, apenas suspende no tempo). A extensão do primeiro amplia o número de conflitos resolvidos e melhora a coexistência; a do segundo estende a margem de puros atos unilaterais do poder, resolve menos conflitos e deteriora a coexistência¹⁰.

Já Foucault identifica os processos de acumulação de riquezas e do poder das armas com a constituição do poder judiciário nas mãos de

alguns, ocorridos do meio para o final do século XII. Naquele momento, a justiça centralizada e verticalizada surgiu com força e, então, os indivíduos perderam o Direito de “resolver, regular ou irregularmente, seus litígios” e passaram a “submeter-se a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e poder político”¹¹. Foucault, reiteradamente, demonstra que essa apropriação do conflito foi um fenômeno que permitiu ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciais¹² e, assim, ampliar-se por meio da elaboração de novos conceitos e figuras, tais como o procurador (“que vai dublar a vítima”) e a noção de infração (que estende o dano sofrido pela vítima até o soberano, sendo “uma das grandes invenções do pensamento medieval”). Esse processo perdura por alguns séculos: “As monarquias ocidentais foram fundadas sobre a apropriação da justiça”¹³.

É nessa linha de reapropriação do conflito e reconhecimento de que o atual sistema nasceu dos jogos de força política e das relações de poder¹⁴, mas sempre mantendo o caráter público do controle penal, que o modelo de justiça restaurativa deve situar-se. E, transportando Foucault para a atualidade, adiciona-se um dado que realça a necessidade desse reconhecimento: dentre as consequências mais notadas da globalização está o enfraquecimento do poder de intervenção estatal em diversas áreas. Contudo, a retirada progressiva do Estado do papel de controlador e regulador de várias atividades resultou num reforço do poder punitivo, como “último reduto de soberania estatal”.

Atualizando essa percepção, como o poder punitivo transformou-se num dos poucos campos, senão único, de monopólio estatal, os agentes políticos, desprovidos de outros meios de controle, vêm reforçando seu exercício e acentuando o uso da punição legal como forma de contenção e neutralização dos excluídos (uma vez que o aumento da exclusão e de diversas tensões sociais relacionadas também são efeitos notados da globalização). Logo, acrescenta-se o impacto da globalização no Direito Penal como argumento em prol da mudança de paradigma.

A necessidade de reelaboração do paradigma visualiza-se com mais nitidez se nos afastarmos, um pouco mais, do saber jurídico. Ou melhor, a integração do Direito Penal com outras Ciências Sociais, consideradas usualmente “ciências auxiliares”, é um ponto de partida seguro para fundamentar o novo

paradigma, até porque o saber jurídico também foi dominado pelo hábito de punir, fundando o castigo como imperativo de existência do Direito Penal.

Na Sociologia, ao discorrer sobre o que chamou de “leis da evolução penal”, Durkheim formulou a hipótese de que “a intensidade do castigo é maior na medida em que a sociedade pertence a um tipo menos desenvolvido e no grau que o poder central tem um caráter mais absoluto”, de tal forma que a hipercentralização desse poder (punitivo) “dá lugar a uma força social *sui generis* tão intensa que domina e subordina a todas as outras”¹⁵.

Percorrendo um caminho histórico similar àquele revelado mais tarde por Foucault (diz Durkheim que a partir do momento em que o poder real se estabeleceu mais solidamente, as penas reforçaram-se também, principalmente por meio das figuras até então desconhecidas dos crimes de *lesa majestad* e crimes religiosos), o autor identifica variações qualitativas e quantitativas no castigo que culminaram no estabelecimento da prisão como pena e principal resposta punitiva e sequer considera a ideia, hoje predominante, de que a intensidade das penas varia conforme os índices de criminalidade.

Segundo Durkheim, o reforço da punição viabilizou-se em razão da mudança de concepção do crime: antes ofensa praticada pelos homens contra os homens, torna-se ofensa “dirigida à divindade” e, portanto, digna de reprovção maior, pois “o atentado de um homem contra um homem não pode levantar tanta indignação como o atentado de um homem contra Deus”. Nesse específico ponto reside a mola propulsora da repressão penal e sustentam-se todos os discursos repressivos que canalizam os sentimentos de vingança privada para dentro do processo penal.

Em resumo, Durkheim antecipa que o movimento no sentido de moderação das penas vivido até então – 1900 –, iria paralisar-se ou até retroceder com a crescente criminalização dos mais diversos atos, pois o sistema repressivo não estaria destinado a “uma decadência ininterrupta”, pelo contrário: as instituições penais do passado (castigos corporais, penas cruéis etc.) só desaparecem quando outras nascem e, por mais que variem na qualidade e quantidade, as leis penais continuam amarradas a um paradoxo:

[...] há uma verdadeira e irremediável contradição em vingar a dignidade humana ofendida na pessoa da vítima, violando-a na

pessoa do culpado. O único meio, não de levantar a antinomia (que, a rigor, não é solucionável), mas de reduzi-la, é reduzir a pena tanto como seja possível¹⁶.

A Psicologia também ofereceu elementos úteis para a crítica da justiça punitiva. Em 1918, George H. Mead demonstrou que atitudes hostis, originadas em instintos de autoafirmação e distanciamento do inimigo, tomam a forma de atos sociais organizados no âmbito da justiça penal. O aparecimento da atitude hostil na justiça punitiva, consoante à proposta de Mead¹⁷, surge da curiosa combinação dos conceitos de sofrimento retributivo (justificação para o castigo) e de prevenção (entendida como a necessidade da pena para a convivência social), os quais estruturam um sistema de castigos calculados, disfarçados sob a solenidade da corte, na majestade da lei e no caráter supostamente imparcial e impessoal da justiça.

Mead refere-se à justiça penal como canalizadora da hostilidade em face de quem rompe com a lei, “um inimigo da sociedade à qual pertencemos”, contra o qual defende-se uma estrutura social com toda a paixão que desperta qualquer ameaça a nossos interesses: “não é a operação da lei definindo a invasão de Direitos e sua preservação adequada que constitui o centro de nosso interesse, e sim a captura e o castigo de um inimigo pessoal”. Essa lógica desperta emoções de batalha, de guerra (“guerra contra o crime” é o jargão moderno), as quais reforçam sentimentos de distanciamento e exclusão, redundando num efeito colateral: o sistema concebido para frear sentimentos de vingança acaba por fomentá-los e organizá-los na forma de resposta legal, devida e necessária. A atitude hostil da justiça, representada como atitude legal do soberano, oferece aos cidadãos um padrão de comportamento evidentemente hostil e violento – lembrando aquela função primordial da justiça –, o qual, mercê da forte carga comunicativa do Direito Penal, acaba transmitindo aos consorciados a ideia de que a hostilidade é um método legítimo para a resolução dos conflitos.

Ainda com Mead, “a atitude hostil frente ao transgressor, inevitavelmente, aparelha atitudes de retribuição, repressão e exclusão”, as quais não contribuem para a erradicação do crime, nem para devolver o infrator às relações sociais normais e nem mesmo para definir os Direitos vulnerados.

Porém, se é verdade que a justiça penal atua dessa maneira, fracassando na supressão ou diminuição do crime e ainda segregando pessoas, o que justificaria a manutenção do modelo? A linha de raciocínio de Mead pode sugerir que a justiça, então, seria mera expressão da “maldade” humana e de seus piores instintos. Não é assim. O próprio autor responde essa dúvida com uma assertiva que, novamente, remete ao reconhecimento das funções políticas do Direito Penal: para Mead, a atitude hostil como resposta à transgressão tem a única vantagem de “unir os membros da comunidade na solidariedade emocional da agressão”, ou seja, crime e pena passam a ser fatores de coesão social, pois a sociedade se agrega em torno do medo do crime e dos apelos pela pena: cidadãos separados por interesses divergentes unem-se frente ao inimigo comum. Tal realidade é facilmente notada no cotidiano, bastando um olhar sobre os noticiários para perceber que o discurso contra a impunidade (ou seja, pela punição) é um “mantra” que une atores sociais opostos no cenário nacional.

A coesão ao redor da punição cria uma situação insólita: proporciona um sentimento de solidariedade no sentido da pena que se opõe à solidariedade em relação às pessoas. A solidariedade ao redor da pena se dá pelo mesmo mecanismo que impõe a hostilidade contra o infrator!

Sumariamente, nos limites deste artigo, o que se pretendeu relacionar foram alguns motivos razoáveis para alterar o modelo de justiça penal, o que se propõe que seja feito com a utilização crescente da mediação em matéria penal.

A hipótese, portanto, é verificar se a mediação pode representar a superação do modelo autoritário de resolução dos conflitos que, intrinsecamente e estruturalmente, é violento: a justiça penal recorre sempre à espada para pôr fim a todas as controvérsias, com ela cortando todas as ligações entre as partes em conflito¹⁸. A espada, símbolo de poder, é o ícone da justiça, usada para punir e separar.

O desafio, então, está na metáfora acima: a justiça pode renunciar à espada?

A MEDIAÇÃO EM MATÉRIA PENAL

Mesmo estreitando o conceito de mediação para mediação penal, ainda resta um certo embaralhamento de noções (mediação, conciliação, resolução de conflitos etc.). A sistematização de Grazzia Mannozi¹⁹ elucida quais as

dimensões conceituais mais importantes da mediação e organiza o entendimento sobre o que pode ser a mediação penal:

- a mediação pode ser considerada, em primeiro lugar, como mera técnica de intervenção social, em que um sujeito terceiro e neutro tende a promover a superação do conflito existente entre dois indivíduos por meio do encontro e do confronto;
- em segundo lugar, a mediação emerge na sua função de modalidade de solução de conflitos, que tem intersecção com o processo penal, na perspectiva mais ampla da justiça restaurativa;
- em terceiro lugar, a mediação põe-se como nova abordagem de dinâmicas sociais, que consente em prescindir da resposta judiciária²⁰ em relação a alguns conflitos interpessoais ou entre grupos.

Há outros elementos que definem a mediação penal aqui desenhada: diálogo, comunicação, participação, os quais convergem para a definição analítica da autora italiana²¹:

[...] mediação é um processo dialético de ativação do conhecimento entre autor e vítima (que pode funcionar também como fator de estabilização social) em que o mediador é chamado para reconstruir o espaço comunicativo inter-subjetivo entre as partes e para encontrar um ‘sinal’ comum que possa conduzir à superação do conflito.

Devido à sua natureza polissêmica, pode ser definida como instrumento de composição dos conflitos e pacificação social. Contudo, para adaptá-la ao contexto penal, parece mais conveniente considerá-la como *reação penal*, pois só assim conseguiremos encontrar um local idôneo para a mediação dentro do Direito Penal sem convertê-la em simples instrumento de alívio do aparato punitivo.

Nessa linha, o conceito que se encaixa no âmbito da construção do novo paradigma seria: a mediação é uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa e autônoma à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional e cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social e, contextualmente,

produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e na restauração da paz jurídica.

A desvinculação da mediação com o resultado final de “acordo” revela sua “não instrumentalidade” em relação ao processo penal: a mediação penal não é meio, e sim fim, uma atividade cujo alcance pode resultar em uma solução que indique a desnecessidade de pena, afastando, assim, as necessidades materiais de acionamento da tutela penal repressiva (o que, no Brasil, se legitima à luz do art. 59 do Código Penal).

Há características comuns às mediações promovidas em todos os âmbitos: (i) a intervenção de terceiros imparciais na função de facilitadores; (ii) o envolvimento das partes em conflito; (iii) o consenso das partes à atividade de mediação; e (iv) a natureza extrajudicial.

A mediação é atividade de conhecimento (situacional, normativo etc.) que se funda na comunicação. Para Sanzberro²², o conceito de reparação-conciliação no âmbito penal

[...] oferece um marco específico para abordar o delito baseado na comunicação direta entre os sujeitos implicados que possibilita o intercâmbio de perspectivas diversas sobre o fato e estimula a capacidade dos indivíduos para uma resolução pacífica [...]

de conflitos vinculados à prática do crime por meio do instrumento da linguagem. Mannozi, por sua vez, enxerga a correção dessa impostação (o diálogo é o fulcro da mediação) na teoria de Habermas, que vê na sociedade “uma rede de cooperação para transmitir a comunicação”²³.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL

A justiça restaurativa é um conjunto de práticas, dentre as quais está a mediação, mas, por ser um modelo em construção, não há como delimitá-la a esta ou àquela medida. Basta ver medidas como *sentencing circles* e *family group conferences*, muito utilizadas nos programas restaurativos do Canadá, Austrália e Nova Zelândia.

David Miers confirma que “o conceito de justiça restaurativa é mais

restrito do que o conceito de mediação, uma vez que se confina à área criminal”, mas, por outro lado,

[...] é mais amplo pelo fato de contemplar uma variedade de possíveis respostas por parte do infrator que nada têm a ver com mediação, como sejam a indenização determinada pelo tribunal ou a prestação de trabalho tendente à reparação, quer como medida de diversão, quer como parte de um acordo integrado na sentença.²⁴

Essa exposição adianta uma das razões que sustenta a relação estreita entre mediação e justiça restaurativa: existem medidas restaurativas que podem cumular-se a medidas punitivas, indicando uma possibilidade de *bis in idem* e, mais do que isso, sobrepondo dois modelos cujas racionalidades são inconciliáveis. A mediação penal, por sua natureza extrajudicial e pré-processual, mantém a separação funcional entre ambos os modelos, evitando os riscos da sobreposição (até porque, no confronto entre uma racionalidade de diálogo e outra de força, a segunda acabará por sufocar a primeira), diminuindo a estigmatização do ofensor e preservando os enunciados mais importantes da justiça restaurativa, tais como a recuperação de um papel ativo no sistema de justiça, a mudança de objeto (“o crime é primariamente um conflito entre indivíduos, resultando em danos à vítima e/ou à comunidade e ao próprio autor; secundariamente, é uma transgressão da lei”); o objetivo central da justiça criminal deve ser reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime etc.

Além disso, a neutralidade do mediador e a confidencialidade das discussões ocorridas na sessão da mediação funcionam como *garantias* na hipótese de o caso voltar para o sistema formal de justiça e, ainda, são elementos que conferem maior potencialidade ao modelo, pois o ofensor, descoberto dessas garantias, poderá evitar assumir a responsabilidade pelo fato, o que inviabilizará uma solução consensual e, antes disso, poderá bloquear a discussão livre entre as partes, criando um clima de desconfiança mútua.

Reforçando a prevalência de mediação penal como pilar de sustentação do novo paradigma, vejamos a conclusão de Scardacione, Baldry e Scali²⁵:

[...] a mediação representa a modalidade de aplicação da justiça restaurativa que melhor promove a reapropriação do processo penal pelas partes, enquanto outras formas de justiça restaurativa permanecem fundadas na função de autoridade do Estado.

No mesmo sentido, Umbreit e Roberts consideram a mediação vítima-ofensor como das mais importantes expressões da justiça restaurativa.²⁶

Outro argumento em prol da construção mediação/justiça restaurativa é aquele sublinhado por Haley²⁷, Rössner²⁸ e Ceretti²⁹, entre outros: a mediação sempre foi aspecto normal da vida em sociedade, atividade cotidiana de troca entre expectativas recíprocas e de convivência pacífica, que foi progressivamente suprimida pela apropriação do conflito pelo soberano e pela necessidade política de concentração de poder e substituído pela atitude autoritária e hostil da justiça punitiva, que expurgou da administração da justiça a vítima e, por consequência, a mediação.

O que merece maior destaque nessa relação é a possibilidade da mediação conferir modernidade à justiça restaurativa, o que pode parecer mero exercício de retórica, mas não é.

A complexidade e a conflituosidade da sociedade acentuaram-se de forma vertiginosa nas últimas décadas, o que coloca sérias dúvidas sobre a implementação de métodos informais (ou “ancestrais”) de justiça, supostamente mais adequados para sociedades mais simples e estáticas. Essa dúvida não procede por duas razões.

A primeira remete ao pensamento crítico da criminologia que, incessantemente, desnudou as funções latentes do sistema penal, colocando o atual modelo numa posição pouco sustentável. Vale dizer, mesmo que não haja evidências seguras de que a justiça restaurativa possa resolver boa parte dos problemas a que se propõe, que o modelo vigente já deu reiteradas mostras de seu fracasso e de seus elevados custos sociais, o que, por si só, justifica a (re)construção de um novo.

A segunda razão aponta para a ótica moderna da mediação. A inflexibilidade (de forma e conteúdo) da intervenção punitiva não só aprofundou o déficit comunicativo entre o sistema de justiça e os cidadãos, como é o ponto crítico da crise de nossos sistemas de regulação social. A justiça punitiva

formatou-se em torno de uma concepção homogênea e unívoca das relações sociais, impondo um modelo decisório vertical, autoritário, intolerante e não participativo de resolução dos conflitos. A sociedade pós-moderna clama por diversidade, pluralismo e ampliação dos espaços democráticos. Pluralismo que não é correspondido por meio das lógicas binárias simplistas da justiça penal: culpado/inocente, crime/pena etc.

Embora desde Beccaria o Direito Penal tenha incorporado a noção de livre-arbítrio, só utilizou-a para aumentar as possibilidades de criminalização e punição da clientela selecionada da justiça. O livre-arbítrio para exercer ou não o Direito ao processo ou para, minimamente, influir nas pautas de decisão que vão habilitar o exercício do poder punitivo não penetrou no Direito Penal tanto para os ofensores quanto, de forma mais dramática, para as vítimas.

Messmer e Otto³⁰ enfocam a mediação penal justamente sob o signo da pós-modernidade, observando que com o declínio dos valores tradicionais da sociedade aumentaram as necessidades de autoafirmação das normas.

Necessidades as quais, ao invés de serem impostas em forma de ordens, devem ser também negociadas, pois, na sociedade atual, o lado comunicativo tornou-se o foco do problema. Vista da perspectiva da integração social, então, a mediação é mais do que uma maneira de intervir para manter a ordem ou restabelecer a paz sob a lei: sua expansão na prática judicial pode estabelecer novas atitudes na direção do comportamento criminal, tanto nos “controlados quanto nos controladores”.

Por isso, Grazia Mannozi enfatiza que a mediação não pode ser considerada um vestígio do passado, recordação da regulação de conflito das sociedades simples, ou uma filiação “pragmática” da ordem “imposta”: na ótica moderna, representa, mais que tudo, um modo realmente “secularizado” de pensar a justiça e, mais ainda, um método democrático de confrontar a complexa dinâmica das relações sociais³¹.

As linhas de pesquisa mais atuais sobre o tema da prevenção criminal confirmam essa impressão. Theodomiro Dias Neto nota que a sociedade de risco (ou pós-moderna) exige o redirecionamento das estratégias de controle do crime no âmbito penal, criando novos “espaços públicos de liberdade onde o poder possa ser questionado e os temas relevantes possam adquirir visibilidade e ser objeto de deliberação coletiva”³², sendo absolutamente viável

entender que esse poder inclui o poder punitivo e o crime seja um desses temas relevantes. Dias Neto continua, afirmando que os fundamentos desses novos espaços públicos estão na Constituição, “mas a sua existência e vitalidade dependem do exercício constante das liberdades públicas” e da possibilidade de os cidadãos tratarem de seus problemas pela linguagem da política, “ou seja, por meio de ‘palavras e persuasão’, e não da ‘força e violência’”³³. A sinalização é evidente no sentido do paradigma restaurativo, na direção da criação de espaços públicos de diálogo e mediação.

Diga-se, ainda, que ao contrário do que pode parecer, a mediação penal é mais recomendada para o contexto social dos grandes centros urbanos do que para as áreas remotas e cada vez mais raras de pequenas comunidades. A preocupação central na mediação é a abertura de um “espaço comum” e o estabelecimento de uma linguagem compartilhada, fatores que encontram uma carência muito maior nos centros urbanos, nas sociedades mais complexas e dinâmicas, nas “cidades de muros”, nos termos da antropóloga Teresa Caldeira, onde as arenas públicas e os espaços de convivência comunitária são cada vez mais escassos e seletivos. Nas pequenas cidades, ou nas “antigas sociedades”, tais espaços ainda estão, em maior medida, preservados; o distanciamento entre as pessoas é menor. E a mediação, por meio do valor encontro, visa precipuamente encurtar a distância entre as pessoas, distância que o processo judicial adversarial só aumenta. As diversas tensões sociais derivadas do isolamento vivido nas cidades “grandes e modernas” são agravadas no âmbito hostil da justiça penal, surgindo a mediação como um possível remédio para enfrentar tais tensões num ambiente diverso, menos hostil, menos ameaçador (lembre-se sempre da ameaça de pena) e mais inclusivo.

Giuseppe Mosconi reconhece que, quando se fala de mediação, surge a ideia difusa de um “Direito fraco e mitigado”, o que é impressão equivocada, pois a flexibilidade da mediação

[...] se funda essencialmente na constatação de que estamos diante de uma realidade sempre mais complexa, que não pode ser governada e reduzida, segundo a hipótese de Luhmann, pelo instrumento jurídico, mas requer, mais do que tudo, uma extrema flexibilidade do Direito em relação à complexidade social.³⁴

Considera-se, assim, a pluralidade de valores, de opiniões, de culturas e de instâncias, que recomendam novas formas de produção do Direito, as quais podem referir-se ao papel do juiz, mas também podem aceitar outras figuras, como o mediador³⁵.

Ainda há outro fator a ser ponderado: a inflação legislativa penal, que resultou na sobrecarga de trabalho para as agências judiciais, fez surgir uma forte pressão para a implementação de mecanismos processuais evasivos inócuos ou medidas meramente deflativas (transação penal, por exemplo) e impulsionou movimentos pontuais de despenalização e, em menor escala, de descriminalização, mal planejados, os quais, em geral, apenas retiram certas situações do âmbito do controle público, remetendo-as para um vazio e, por isso, não satisfazem as necessidades de regulação social dessa sociedade complexa e conflitiva, como, em tese, pode fazer a mediação.

Por isso, Bonafé-Schmitt³⁶, um dos mais expressivos estudiosos da mediação, defende que a violência urbana também tem causas na crise de nossas modalidades de regulação social. Ampliando essa perspectiva, há que se lembrar, também, que o apoio do sistema de regulação social sobre o Direito Penal é indicativo de dupla falência: das regulações sociais intermediárias (como a família, o bairro, o trabalho) e da resposta institucional, pois a justiça penal continua mantendo a prisão no centro de seu modelo³⁷, o que se comprova pelo contínuo crescente das taxas de encarceramento, especialmente no que se refere ao uso de prisão cautelar, fato este que deve ser tomado como confissão explícita do fracasso na regulação social dos comportamentos e relações sociais: o recurso excessivo ao instrumento de *extrema ratio* é a prova cabal de que as modalidades primárias de regulação social não estão funcionando.

De fato, a sociedade contemporânea abriga uma espiral de violência que passa pelo sistema de regulação social, reiteradamente denunciada por diversos autores, em especial Alessandro Baratta que, prefaciando Moccia, advertiu para uma das maiores contradições do Direito Moderno, qual seja, ser ao mesmo tempo instrumento de controle e de reprodução da violência, sendo que o desenvolvimento autoritário de políticas criminais inspiradas, principalmente, nos EUA, criaram um “circuito de reprodução que conecta a violência penal à violência na sociedade (violência estrutural e violência

individual), que assumiu uma intensidade inaudita” a partir da década de 1980, cujo “sinal semântico” é o uso dominante da terminologia bélica para definir as atribuições da justiça penal³⁸.

Enfim, conforme a análise de Ceretti³⁹ apoiada no pensamento de Boaventura de Sousa Santos, estamos “testemunhando uma crise generalizada de regulação social que apenas mostra a profunda e irreversível crise que está sucedendo o paradigma da modernidade”; paradigma cujo exaurimento simboliza-se, especialmente, pelo colapso do processo de regulação social.

A mediação com fundamento na reconstrução do sistema de regulação social surge, então, sob a perspectiva dupla de acompanhar as transformações mais recentes no Direito em geral e conter a expansão do Direito Penal na sua vertente repressiva. Essas transformações se inserem no contexto debatido, que opõe os modelos do Direito negociado e do Direito imposto. Este último cada vez mais ineficiente, pois, conforme aponta José Eduardo Faria:

[...] suas normas vêm gradativamente perdendo a capacidade de ordenar, moldar e conformar a sociedade. E seus mecanismos processuais também já não conseguem exercer de maneira eficaz seu papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas e neutralizar a violência.⁴⁰

Essa crise gera desordens, que se manifestam de diversas formas, entre as quais a criminalidade. O êxito da mediação se apoia, justamente, em dar lugar para essa desordem e em não impor qualquer tipo de ordem.

O que se propõe é uma nova engenharia de justiça: as normas indicam para o cidadão o que eles podem ou não poder fazer; como fazer é uma tarefa a ser negociada entre eles, de acordo com a necessidade coletiva de compartilhar o espaço público, de compor interesses conflitantes e de reagir ao descumprimento das normas que, em suma, trazem uma mensagem, que pode ser confirmada por vias diversas, e não necessariamente só pela imposição de pena, a qual nem sempre será a resposta mais adequada e necessária.

O conceito aplicado para regular os comportamentos é o de “espaço compartilhado” (*shared space*), pois espaços compartilhados são mais seguros, conforme vem sendo repetido em recentes estudos de prevenção criminal e

segurança pública: uma localidade é segura tanto quanto possua mais espaços públicos de convívio e de circulação, assim como é mais insegura na medida em que esses espaços são mais restritos, substituídos por “enclaves fortificados”⁴¹ por muros, grades e práticas de isolamento.

Logo, a mediação deve ser “considerada como mais um elemento na construção, ou reconstrução, das regras *dos* contextos nos quais se desenvolvem ações sociais e das regras que *nos* contextos permitem o destacamento de interações sociais significativas”⁴². No discurso do mediador e dos participantes da mediação se instaura uma lógica comunicativa que não se encerra na busca de uma solução livremente negociada, mas se estende também à instauração de um diálogo e de uma relação social.

CONCLUSÃO

Como visto, o potencial positivo da mediação depende de um projeto cujo fulcro seja, exatamente, a reconstrução do processo de regulação social⁴³; sem isso, não passará de mera técnica tópica de gerenciamento de certas situações menos relevantes.

Sua legitimidade como instrumento político-criminal transformador “não se funda na defesa da ordem pública ou, mais em geral, de uma racionalidade jurídica qualquer, mas sobre a construção de um novo equilíbrio nas relações entre as partes em conflito e com a sua comunidade”⁴⁴. Sob esse fundamento, o objetivo, evidentemente, não pode ser resumido à resolução de determinada classe de conflitos sobre a qual a justiça punitiva perdeu o interesse: a redefinição da legitimidade do poder de regular os conflitos é a meta mais ampla e, certamente, mais difícil, da mediação. Por isso, Bonafé-Schmitt⁴⁵ observa que, mesmo tomando a crise do sistema legal como preocupação central, a mediação penal oferece duas abordagens para serem trabalhadas: a primeira, tomando por base o mal funcionamento do Poder Judiciário, também derivado da sobrecarga de casos e, a segunda, em termos da crise do sistema de regulação social. Por isso, não devemos descuidar de ambas as perspectivas, sob o risco de, em poucos anos, a mediação padecer dos mesmos problemas que já afetam o sistema tradicional de justiça (mais uma vez, vale o exemplo do fracasso da Lei 9.099/95, que, vista apenas sob a primeira abordagem, acabou reduzindo-se a instrumento burocrático e autoritário de administração da hipertrofia do sistema penal).

Para Ceretti⁴⁶, a compreensão atual sobre o funcionamento das sociedades industriais mais avançadas, com sistemas sociais mais complexos, baseia-se sobre a “regulação social mediante equilíbrios mantidos ou reencontrados ao interno de tensões, de rupturas, de contradições provocadas pela multiplicidade de instâncias e atores envolvidos numa pluralidade de estratégias sociais em atuação”. Isso faz com que o problema da regulação social consista em encontrar um compromisso entre instâncias contrapostas para garantir certa coerência entre as formas básicas de laços sociais, o que sem dúvida remete ao modelo flexível, no qual mediação e punição funcionam como instâncias complementares e tensionadas.

Passada a primeira década do terceiro milênio, não é mais razoável continuar acreditando que um fenômeno complexo, multifatorial e dinâmico como o crime possa ser encaminhado por via de mão única, oferecida pelo modelo “crime-pena” de regulação social (nesse ponto, são essenciais os estudos de Álvaro Pires e a crítica da racionalidade penal moderna). Problemas complexos exigem respostas variadas. Punir (somente) é resposta monolítica, obsoleta, insuficiente. As demandas para mediar existem e encontrarão espaço para fluir: espaços privados e à sombra da lei ou arenas públicas sob a insígnia da lei. É uma questão de escolha, compromisso e projeto coletivo que cada sociedade deve fazer.

O modelo tradicional de justiça penal padece de defeitos e anacronismos notáveis, entre os quais se destaca a incapacidade de comunicar aos cidadãos os valores protegidos pelas normas. Essa função não é cumprida por causa do déficit comunicativo que o sistema patrocina, em dois âmbitos: a linguagem inacessível dos tribunais e o estímulo da mensagem normativa exclusivamente pelo mecanismo da pena, ou seja, utiliza-se só uma parte (sanção) para comunicar a validade do todo (preceito) e, ainda, pretende-se coibir a violência com a resposta violenta.

Para superar o segundo aspecto desse déficit, propõe-se que o centro da eficácia motivadora do Direito Penal seja deslocado da sanção para o preceito, ao redor do qual se desenvolve o diálogo entre as partes. Decaindo a importância da pena, abre-se o espaço necessário para outras reações penais que não o castigo.

Na prática da mediação, o reforço cognitivo da mensagem normativa começa a se materializar com o requisito de voluntariedade: a participação

voluntária na mediação manifesta um sentido preventivo geral de reafirmação da norma muito maior do que a submissão coercitiva à persecução criminal e tal potencialidade concretiza-se com a solução consensual, na qual ofensor e vítima outorgam-se reconhecimento recíproco e também em face da lei.

Pesquisas recentes⁴⁷ demonstram que: (i) práticas restaurativas não aumentam a reincidência e, em determinados contextos, podem reduzi-la; (ii) a participação de vítimas e ofensores na mediação aumentou o grau de satisfação de ambos em relação ao sistema de justiça; (iii) vítimas que participaram da mediação têm menos medo de sofrer uma nova ofensa do mesmo autor e (iv) comunidades envolvidas com os programas de mediação e justiça restaurativas sentem-se menos inseguras.

Noutro plano, em perspectiva de longo prazo, o uso contínuo da mediação pode contribuir para o desenvolvimento de novas formas de enfrentar a questão criminal, desmontando a equação que sustenta alguns equívocos, os quais bloqueiam a melhor compreensão do problema e sustentam uma aparência de justiça contraditória e irreal, confirmando, assim, que: (i) a ação dos tribunais não determina o aumento ou decréscimo da criminalidade; (ii) o controle do crime não é só um problema de polícia e nem só uma questão de aplicação da norma violada; (iii) a falta de punição (impunidade) não é o maior estímulo às condutas criminosas.

NOTAS

1 Cf. CERETTI, A. “Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorreni di Milano”. In: PISAPIA, G. & ANTONUCCI, D. (a cura di). *La Sfida della Mediazione*. Milano: CEDAM, 1997, p. 91-92.

2 BONAFÉ-SCHMITT, J. P. “Una, tante mediazione dei conflitti”. In: PISAPIA, G. & ANTONUCCI, D. (a cura di). *La Sfida della Mediazione*. Milano: CEDAM, 1997. p. 36. Bonafé-Schmitt define-a como processo pelo qual a terceira pessoa neutra tenta, por meio da organização das trocas entre as partes, permitir a estes confrontarem seus próprios pontos de vista e procurar solução ao conflito que as opõe.

3 Cf. PISAPIA, G. “La scommessa della mediazione”. In: _____ & ANTONUCCI, D. (a cura di). *La Sfida della Mediazione*. Milano: CEDAM, 1997, p. 5.

4 RÖSSNER, D. “Mediation as a basic element of crime control: theoretical and empirical comments”. In: *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, nº 1. New York: Buffalo Criminal Law Center, 2000, p. 213.

5 *Ibid idem*, p. 215.

6 *Ibid idem*, p. 219.

7 *Ibid idem*, p. 218.

8 A arbitragem é um processo baseado na vontade dos contendores de dirigir-se a um sujeito neutro, terceiro e competente, para delegar-lhe a decisão do problema. Na arbitragem, o papel dos contendores é somente aquele de previamente acordar sobre a escolha da pessoa merecedora da confiança de ambos para decidir sobre o objeto submetido a uma decisão, e sempre que possível sobre os limites de eficácia da decisão. Ressalvados esses limites atinentes a uma fase preliminar da atividade de arbitragem, a análise do problema, a consideração das posições das partes e a decisão final cabem exclusivamente ao árbitro. Na conciliação, o terceiro neutro não tem o poder de decidir sobre o problema trazido pelas partes (ao menos enquanto aja na qualidade de conciliador), mas tem um papel ativo na resolução da disputa: na tentativa de chegar a um “compromisso” entre as partes, ou seja, de um balanceamento dos interesses destas, o conciliador tem uma função diretiva na promoção da conciliação e no controle e orientação da discussão sobre elementos tidos como úteis para a resolução do problema. Não obstante a decisão final ser tomada formalmente pelos contendores, o conciliador exerce um

papel determinante na construção dos termos do acordo e na proposição deste às partes para que o aceitem. Usualmente, a função diretiva é exercitada a partir da posição de autoridade que reveste o conciliador (é o caso do juiz que promove a conciliação entre as partes) e que torna mais determinante a sua intervenção.

9 ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 389.

10 *Ibid idem*, p. 101.

11 FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Trad. de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 65.

12 *Ibid idem*, p. 66.

13 *Ibid idem*, p. 67.

14 *Ibid idem*, p. 73.

15 DURKHEIM, E. “Dos leyes de la evolución penal: Delito y Sociedad”. In: *Revista de Ciencias Sociales*, nº 13. Buenos Aires, 1999a, p. 71-90. Trad. Monica E. Lara. Publicado originalmente em *Année Sociologique*, vol. IV, 1899/1900, p. 73.

16 *Ibid idem*, p. 80.

17 MEAD, G. H. “La psicologia de la justicia punitiva”. In: *Delito y Sociedad: Revista de Ciencias Sociales*, nº 9/10. Buenos Aires: 1997. Trad. Rosana Abrutzky. Tomado de *The American Journal of Sociology*. Volume XXII, nº 5, março de 1918.

18 MANNOZZI, G. *La giustizia senza spada: Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 9.

19 *Ibid idem*, p. 340.

20 A extrajudiciabilidade é uma característica fundamental da mediação.

21 *Ibid idem*, p. 359.

22 SANZBERRO, G. P. *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?.* Granada: Comares, 1999, p. 61.

23 MANNOZZI, G. *La giustizia senza spada: Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 349.

24 MIERS, D. “Um estudo comparado de sistemas”. In: *Projecto Dikê: Seminário Protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa*. Lisboa: APAV, 2003, p. 52.

25 SCARDACIONE, G.; BALDRY, A. & SCALI, M. *La mediazione penale*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 22.

26 Cf. UMBREIT, M. S. & ROBERTS, W. “La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds”. In: *La Sfida della Mediazione*. PISAPIA, G. & ANTONUCCI, D. (a cura di). Milano: CEDAM, 1997, p. 64.

27 HALEY, J. O. “Victim-Offender Mediation: Japanese and American comparisons”. In: *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. MESSMER, H. & OTTO, HU. (org.). Holanda: Kluwer Academic, 1992.

28 RÖSSNER, D. “Mediation as a basic element of crime control: theoretical and empirical comments”. In: *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n° 1. New York: Buffalo Criminal Law Center, 2000.

29 CERETTI, A. “Riparazione, riconciliazione, ubuntu, amnistia, perdono. Alcune brevi riflessioni intorno alla Commissione per la verità e la riconciliazione Sudafricana”. Texto revisado do artigo escrito em colaboração com A. Nosenzo, “The truth and reconciliation commissions: A justice looking also to future generations”. In: *Cahiers de Defense Sociale*, 2002.

30 MESSMER, H. & OTTO, HU. “Restorative Justice: Steps on the way toward a good idea”. In: _____. *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Holanda: Kluwer Academic, 1992, p. 12.

31 MANNOZZI, G. *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 22.

32 DIAS NETO, T. *Segurança urbana: o modelo da nova prevenção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 31.

33 *Ibid idem*, p. 41.

34 MOSCONI, G. “La mediazione: questioni teoriche e diritto penale”. In: PISAPIA, G. (a cura di). *Prassi e teoria della mediazione*. Milano, CEDAM, 2000, p. 53.

35 *Ibid idem*.

36 BONAFÉ-SCHMITT, J. P. “Penal and community mediation: the case of France”. In: *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. MESSMER, H. & OTTO, HU. (org.). Holanda: Kluwer Academic, 1992.

37 Cf. GARAPON, A. *I custodi dei diritti*. Tradução de Ada Cremagnani. Milano: Feltrinelli, 1997, p. 80.

38 BARATTA, A. In: MOCCIA, S. *La perenne emergenza*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.

39 CERETTI, A. Mediazione penale e giustizia: in-contrare una norma”. In: *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. III, Milano, 2000.

40 FARIA, J. E. “As transformações no Direito”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 231.

41 Cf. CALDEIRA, T. P. do R. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/Edusp, 2000.

42 Cf. CERETTI, A. “Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorreni di Milano”. In: PISAPIA, G. & ANTONUCCI, D. (a cura di). *La Sfida della Mediazione*. Milano: CEDAM, 1997. p. 95.

43 Cf. PISAPIA, G. “La scommessa della mediazione”. In: PISAPIA, G. & ANTONUCCI, D. (a cura di). *La Sfida della Mediazione*. Milano: CEDAM, 1997, p. 13.

44 Cf. BONAFÉ-SCHMITT, J. P. “Una, tante mediazione dei conflitti”. In: PISAPIA, G. & ANTONUCCI, D. (a cura di). *La Sfida della Mediazione*. Milano: CEDAM, 1997, p. 48.

45 *Idem*. “Penal and community mediation: the case of France”. In: *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. MESSMER, H. & OTTO, HU. (org.). Holanda: Kluwer Academic, 1992, p. 193.

46 CERETTI, A. “Mediazone penale e giustizia: in-contrare una norma”. In: *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. III. Milano, 2000.

47 In: SICA, L. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : AERTSEN, I. & PETERS, T. “Des politiques européennes en matière de justice restauratrice”. In: *Le Journal International de Victimologie*, anné 2, n° 1, outubro de 2003, JIDV.COM.
- : ALBRECHT, PA. “The functionalization of the victim in the criminal justice system”. In: *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n° 1. New York: Buffalo Criminal Law Center, 2000. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1525/nclr.1999.3.1.91?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 17.08.16.
- : BARATTA, A. “La politica criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciências Penales”. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n° 2, 1999, p. 89-114.
- : BARUCH BUSH, R. A. & FOLGER, J. P. *La promesa de mediación*. Tradução de Aníbal Leal. Barcelona: Granica, 1996.
- : BATISTA, N. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- : BERISTAIN, A. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto, Brasília: UnB, 2000.
- : BLANCO, R.; DÍAZ, A.; HESKIA, J. & ROJAS, H. *Justicia restaurativa: marco teórico, experiências comparadas y propuestas de política pública*. Santiago: Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, 2004, n° 6.
- : BONAFÉ-SCHMITT, J. P. “Una, tante mediazione dei conflitti”. In: PISAPIA, G. & ANTONUCCI, D. (a cura di). *La Sfida della Mediazione*. Milano: CEDAM, 1997, p. 24-50.
- : _____. “Penal and community mediation: the case of France”. In: *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. MESSMER, H. & OTTO, HU. (org.). Holanda: Kluwer Academic, 1992, p. 179-197.
- : BOTTKÉ, W. “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”. In: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. J. M. Silva Sánchez (org.). Barcelona: Bosch, 1997, p. 41-72.
- : BOUCHARD, M. “La mediazione: uma terza via per la giustizia penal?” In: BORRÈ, G.

- & PALOMBARINI, G. (a cura di). *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano: FrancoAngeli, 1998, p. 161-191.
- : BRAITHWAITE, J. “Restorative justice: Assessing an immodest theory and a pessimistic theory”. Ensaio preparado para o curso de Direito da Universidade de Toronto, 1997. Disponível em: <http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NTAy>. Acesso em: 17.08.16.
- : CALDEIRA, T. P. do R. *Cidade de muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/ Edusp, 2000.
- : CARVALHO, S. de. “Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista”. In: *Diálogos sobre a justiça dialogal*. _____ & WUNDERLICH, A. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 129-161.
- : CERETTI, A. & MANNOZZI, G. “Più riparazione meno pena”. *Galileo Giornale di Scienza e Problemi Globali*, 2000. Disponível em: <<http://www.galileonet.it/2000/03/piu-riparazione-meno-pena/>>. Acesso em: 17.08.16.
- : _____. “Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorreni di Milano”. In: PISAPIA, G. & ANTONUCCI, D. (a cura di). *La Sfida della Mediazione*. Milano: CEDAM, 1997, p. 95
- : _____. “Mediazione penale e giustizia: In-contrare una norma”. In: *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. III, Milano, 2000.
- : _____. “Riparazione, reconciliazione, ubuntu, amnistia, perdono: Alcune brevi riflessioni intorno alla Commissione per la verità e la reconciliazione Sudafricana”. Texto revisado do artigo escrito em colaboração com A. Nosenzo, “The truth and reconciliation commissions: a justice looking also to future generations”. In: *Cahiers de Defense Sociale*, 2002, p. 201-260.
- : CHRISTIE, N. “Los conflictos con pertenencia”. Tradução de Alberto Bovino e Fabricio Gauriglia. *Dos delitos y de las víctimas*. MAIER, J. B. J. (compilador). Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 157-82.
- : DELMAS-MARTY, M. *Os grandes sistemas de política criminal*. Tradução de Denise R. Vieira. Barueri: Manole, 2004.

- : DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DO CANADÁ. “Restorative justice in Canada: A consultation paper”. Canadá, 2000. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/rj-library/restorative-justice-in-canada-a-consultation-paper-/430/>>. Acesso em: 17.08.16.
- : DIAS NETO, T. *Segurança urbana: O modelo da nova prevenção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- : DURKHEIM, E. “Dos leyes de la evolución penal: Delito y Sociedad”. In: *Revista de Ciencias Sociales*, nº 13. Buenos Aires, 1999a, p. 71-90. Tradução de Monica E. Lara. Publicado originalmente em *Année Sociologique*, vol. IV, 1899/1900.
- : EUROPEAN FORUM FOR VICTIM-OFFENDER MEDIATION AND RESTORATIVE JUSTICE, 2, 2002, Oostende, Bélgica. “Restorative justice and its relation to the criminal justice system”. Disponível em: <http://www.euforumrj.org/assets/upload/Conf_Oostende_Report.pdf>. Acesso em: 17.08.16.
- : EUSEBI, L. *La pena ‘in crisi’: Il recente dibattito sulla funzione della pena*. Brescia: Morcelliana, 1990.
- : FAGET, J. “L’institutionnalisation de la médiation: réflexions à partir de l’exemple français”. In: JACCOUD, M. (dir.) *Justice Réparatrice et médiation pénale: Convergences ou divergences?* Paris: L’Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003, p. 227-243.
- : FARIA, J. E. “As transformações no Direito”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 22. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 231-239.
- : FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.
- : GARAPON, A. *I custodi dei diritti*. Tradução de Ada Cremagnani. Milano: Feltrinelli, 1997.
- : HALEY, J. O. “Victim-Offender Mediation: Japanese and American comparisons”. In: *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. MESSMER, H. & OTTO, HU. (org.). Holanda: Kluwer Academic, 1992, p. 105-131.
- : HULSMAN, L. & CELIS, J. B. de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam, Rio de Janeiro: Luam, 1993.

- : JACCOUD, M. “Introduction”. In: _____ (dir.). *Justice Réparatrice et médiation pénale: Convergences ou divergences?* Paris : L’Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003, p. 7-15.
- : _____. “Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa”. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de & PINTO, R. G. (org.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 163-188.
- : LARRAURI, E. “Tendencias actuales de la justicia restauradora”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 51. São Paulo, RT, 2004, p. 67-105.
- : MANNOZZI, G. *La giustizia senza spada: Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milano: Giuffrè, 2003.
- : MATHIESEN, T. *Perché il Cárcere?* Tradução de Enrico Pasini e Maria Grazia Terzi. Torino: Edizioni Gruppo Abele, 1996.
- : MAXWELL, G. “A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia”. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de & PINTO, R. G. (org.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 279-293.
- : MEAD, G. H. “La psicologia de la justicia punitiva”. In: *Delito y Sociedad: Revista de Ciencias Sociales*, nº 9/10. Buenos Aires: 1997. Tradução de Rosana Abrutzky. Tomado de *The American Journal of Sociology*. vol. XXII, nº 5, março de 1918.
- : MESSMER, H. & OTTO, HU. “Restorative Justice: steps on the way toward a good idea”. In: _____. *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Holanda: Kluwer Academic, 1992, p. 1-15.
- : _____. “Communication in decision-making about diversion and victim-offender mediation”. In: _____. *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Holanda: Kluwer Academic, 1992, p. 461-475.
- : MESSNER, C. “Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale”. In: *Dei Delitti e delle pene*, nº 3/2000. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 93-113.

- : MIERS, D. “Um estudo comparado de sistemas”. In: Projecto Dikê: Seminário Protecção e promoção dos Direitos das vítimas de crimes na Europa. Lisboa: APAV, 2003, p. 45-60. Disponível em: <<http://www.apav.pt/pdf/dike.pdf>>. Acesso em: 17.08.16.
- : MOCCIA, S. *La perenne emergenza*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.
- : MOSCONI, G. “La mediazione: Questioni teoriche e diritto penale”. In: PISAPIA, G. (a cura di). *Prassi e teoria della mediazione*. Milano, CEDAM, 2000, p. 3-27.
- : PALIERO, C. E. & MANNOZZI, G. “Mediation and reconciliation models in Italian legal experience”. In: MESSMER, H. & OTTO, HU. *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Holanda: Kluwer Academic, 1992, p. 225-239.
- : PALIERO, C. E. “Le alternative alla tutela penale: l’illecito amministrativo”. In: BORRÈ, G. & PALOMBARINI, G. (a cura di). *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano: FrancoAngeli, 1998, p. 72-93.
- : PARKER, L. L. “Justiça restaurativa: um veículo para a reforma”. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de & PINTO, R. G. (org.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 249-268.
- : PAVARINI, M. “Da perda de pena ao seu reencontro? Reflexões sobre uma ‘procura’”. Tradução de Lauren Paoletti Stefanini. In: ZOMER, A. P. (org.). *Ensaio Criminológicos*. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 91-126.
- : PELIKAN, C. “Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal”. In: Projecto Dikê: Seminário Protecção e promoção dos Direitos das vítimas de crimes na Europa. Lisboa: APAV, 2003, p. 73-78. Disponível em: <<http://www.apav.pt/pdf/dike.pdf>>. Acesso em: 17.08.16.
- : PIRES, Á. “A racionalidade penal moderna, o público e os Direitos humanos”. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004a, p. 39-60.
- : PISAPIA, G. “La scommessa della mediazione”. In: _____ & ANTONUCCI, D. (a cura di). *La Sfida della Mediazione*. Milano: CEDAM, 1997, p. 3-19.
- : PRADO, G. “Justiça penal consensual”. In: *Diálogos sobre a justiça dialogal*. CARVALHO, S. de & WUNDERLICH, A. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 81-99.

- : QUEIROZ, P. de S. “Para além da filosofia do castigo”. In: *Boletim do IBCCrim*, ano 9, nº 108, p. 8.
- : RÖSSNER, D. “Mediation as a basic element of crime control: theoretical and empirical comments”. In: *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, nº 1. New York: Buffalo Criminal Law Center, 2000, p. 211-233. Disponível em: <<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>>. Acesso em: 12.01.06.
- : SANZBERRO, G. P. *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*. Granada: Comares, 1999.
- : SCARDACIONE, G.; BALDRY, A. & SCALI, M. *La mediazione penale*. Milano: Giuffrè, 1998.
- : SCHÜNEMANN, B. “The role of the victim within the criminal justice system: a three-tiered concept”. In: *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, nº 1. New York: Buffalo Criminal Law Center, 2000, p. 33-49. Disponível em: <<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>>. Acesso em: 12.01.06.
- : SICA, L. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- : STRANG, H. *Restorative Justice Programs in Australia*. Research School of Social Sciences, Australian National University, 2001. Disponível em: <<http://crg.aic.gov.au/reports/strang/index.html>>. Acesso em: 17.08.16.
- : TICKELL, S. & AKESTER, K. *Restorative justice: The way ahead*. Londres: Justice, 2004.
- : UMBREIT, M. S. & ROBERTS, W. “La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds”. In: *La Sfida della Mediazione*, PISAPIA, G. & ANTONUCCI, D. (a cura di). Milano: CEDAM, 1997, p. 63-80.
- : WALGRAVE, L. “Mediation and community service as models os a restorative approach: why would it be better? Explicating the objectives as criteria for evaluation”. In: MESSMER, H. & OTTO, HU. *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Holanda: Kluwer Academic, 1992, p. 343-355.

PREFÁCIO

- : ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Derecho Penal: Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2001.
- : _____; BATISTA, N.; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- : _____. *Em busca das penas perdidas*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- : ZEHR, H. “Retributive justice, restorative justice”. In: *New perspectives on crime and justice*. Kitchener Mennonite Central Committe, Canada Victim Offenders Ministries, 1985.

INTERVENÇÃO POLÍTICA NA SENTENÇA DO DIREITO? OS FUNDAMENTOS CULTURAIS DA PENA MÍNIMA¹

Maíra Rocha Machado e Álvaro P. Pires

Tradução do Francês: José Ignácio Coelho Mendes Neto

O problema do qual parte esta pesquisa é um tipo de enigma no plano político e jurídico. Chamemos de “enigma da intervenção política na sentença do Direito”. Para apresentá-lo, podemos dizer que, na sociedade contemporânea, reconhece-se frequentemente que o sistema político deve se abster de intervir nas decisões do sistema de Direito sobre casos concretos. Uma tal intervenção expor-se-ia ao risco de ser observada como um sinal de autoritarismo incompatível com os princípios da sociedade democrática. Nesse sentido, a separação de poderes seria não apenas uma situação de fato, mas também, nos regimes democráticos, um tipo de “princípio prático” a ser protegido e desenvolvido tanto pelas autoridades políticas quanto jurídicas.

No entanto, as legislações criminais ocidentais modernas ainda reproduzem, desde os séculos XVIII e XIX, ao menos três modelos de estrutura de penas que parecem “contradizer” esse princípio prático da separação de poderes. Esses modelos, como veremos, podem ser observados como uma forma de intervenção do sistema político na sentença do Direito e, entre eles, encontra-se o modelo da “pena mínima”. Ademais, esses modelos são frequentemente utilizados pelo sistema político para orientar ou forçar a sentença do Direito em direção à exclusão social dos indivíduos. Isso ocorre diretamente quando esses modelos são construídos com a pena de morte ou de prisão. E a pena de prisão pode ser de *longa duração* (5, 10, 25 anos). Esses modelos de estrutura de penas resistem ao tempo e atravessam até mesmo os períodos “progressistas” de reforma, nos quais se declara a intenção de reduzir o uso da pena de prisão, de abolir a pena de morte ou de fazer evoluir a causa dos direitos humanos. Em poucas palavras, esses modelos têm uma probabilidade pequena de serem abolidos.

O enigma não diz respeito à existência desses modelos, mas sim ao fato de que eles parecem, ainda hoje, *fundados* e perfeitamente legítimos. Nós não

os observamos como reminiscências do passado. Então, neste trabalho, nós buscamos encontrar, da forma mais clara possível, as ideias que permitem a esses modelos, e muito particularmente à pena mínima legislativa, fundar sua existência e resistir ao tempo.

No pano de fundo desse enigma encontra-se o início de uma reflexão sobre o problema da determinação das fronteiras entre o sistema político e o sistema de Direito Criminal. De forma mais específica, o objetivo deste trabalho é contribuir com a reflexão, em primeiro lugar, sobre a conceitualização da pena mínima e, em seguida, sobre os *fundamentos culturais* dessa prática legislativa. Nossas duas questões centrais são, portanto, as seguintes: 1) como observar e conceitualizar as penas mínimas? e 2) quais são as justificativas que fundam essa prática legislativa de intervenção política na sentença do Direito? Complementa esta última questão uma outra, de ordem mais metodológica: como distinguir empiricamente as justificativas que fundam uma certa prática social das justificativas que não a fundam?

Esses dois subtemas visam suprir uma lacuna na literatura. Por um lado, não encontramos reflexões suficientemente desenvolvidas sobre o conceito de “pena mínima”. Diferentes modelos de estruturas de penas encontram-se, portanto, confundidos. Evidentemente, isso não significa que esses estudos não tenham fornecido observações essenciais para a nossa própria construção conceitual. Por outro lado, esses estudos fizeram múltiplas referências aos motivos invocados para *aceitar* ou *recusar* as penas mínimas, mas não concentraram sua atenção sobre os fundamentos dessa prática. E a questão central da intervenção política na sentença do Direito não é tematizada.

As reflexões que se seguem foram extraídas de uma pesquisa empírica sobre a pena mínima em três “jurisdições”² da sociedade-mundo: o Brasil, o Canadá e a França. Todavia, como nós não iremos apresentar aqui nossos resultados de maneira sistemática, o leitor compreenderá que é inútil descrever a metodologia. Limitamo-nos, então, a dar algumas informações gerais sobre a prática da pena mínima nessas jurisdições que possam ajudar na compreensão dos argumentos expostos aqui.

O Brasil ilustra o caso de uma trajetória estável em relação à pena mínima. As comunicações políticas e jurídicas permaneceram em grande medida indiferentes a qualquer inflexão significativa dessa prática desde o século XIX.

Não houve sequer um verdadeiro debate sobre essa questão na doutrina jurídica. Ao contrário, encontramos uma valorização extraordinária e crescente da pena mínima até hoje. A pena mínima de prisão é apresentada como uma maneira de exprimir a hierarquia dos valores fundamentais da sociedade. Quanto mais uma norma de comportamento é observada como importante, mais a exclusão social mínima deve ser também. O modelo da pena mínima foi introduzido pelo primeiro Código Criminal em 1830. E esse modelo ocupará um espaço cada vez maior até o Código Penal de 1940. A partir desse momento, ele deixa de ser um dos modelos adotados para se tornar a maneira habitual e absoluta de construir um “tipo penal” (uma incriminação com uma pena correspondente).

Hoje, é praticamente impossível aumentar o número de penas mínimas na legislação brasileira. Para chegar a essa constatação, utilizamo-nos de um *software*, o SISPENAS³, que repertoriou os 1688 tipos penais da legislação brasileira (incluindo todas as infrações do Código Penal e da legislação especial) em vigor no mês de agosto de 2009. Desse total, somente 4 tipos penais não têm nenhuma pena mínima de prisão e/ou multa; 97% desses tipos têm uma pena mínima de prisão; e em apenas 14% desses casos o tribunal pode escolher entre uma pena mínima de multa *ou* de prisão. Com efeito, essa quase impossibilidade de aumentar o número dessas penas não impede que o legislador aumente seus *quanta*.

O Canadá ilustra o que podemos chamar de trajetória histórica regressiva. No (primeiro) Código criminal de 1892, havia somente 31 infrações com pena mínima, das quais 6 de prisão e 25 de multa. O modelo de estrutura de penas dominante nesse Código estabelecia (e estabelece ainda) somente uma pena máxima (sem indicação de uma pena mínima). Esse modelo consagra a fórmula seguinte: “quem fizer X pode ser punido por uma pena de prisão de até 2 anos” (e/ou “de multa de até \$ 200,00”)⁴. Dentre as seis infrações com pena mínima de prisão, uma tinha uma pena de cinco anos e duas outras de três anos. Essas três infrações referem-se a furto no serviço dos correios. Uma outra infração tinha uma pena de três meses e as duas últimas de um mês. O Código previa também seis casos de pena de morte, mas essa prática tinha o estatuto de “pena única” (a única sanção possível) somente no caso de homicídio (de primeiro grau). O modelo de pena mínima estava então presente,

mas raramente atualizado pelo sistema político. Em uma reforma ocorrida em 1954, o número total de penas mínimas no Código foi reduzido a nove, mas as infrações com pena mínima de prisão passam de seis a oito. Essa mudança é acompanhada de um aumento da utilização da pena de prisão no Código. Em 1892, o Código comportava 50 infrações, contendo exclusivamente uma pena de multa (sem prisão); depois da reforma de 1954, todas as infrações passaram a autorizar o recurso à pena de prisão. O número total de penas capitais foi reduzido a cinco, mas o número de “penas únicas” passará de um a dois: a pena de morte torna-se a única pena disponível para duas infrações (homicídio e alta traição).

Em 1961, o Canadá cria uma pena mínima de sete anos no quadro das infrações relativas a drogas (importar/exportar). Em 1976, a pena de morte é abolida para todas as infrações do Código. Mas, em troca, será estabelecida uma pena única perpétua para três infrações (alta traição e homicídios de primeiro e segundo grau) e fixado um período de encarceramento mínimo de 25 anos (para a alta traição e o homicídio de primeiro grau) e de 10 anos (para o homicídio de segundo grau) para que seja possível a solicitação da liberdade condicional.

Nós consideramos que é nos anos 1960, e particularmente após a abolição da pena de morte, que o período de regressão se inicia. Naquele momento, ainda há no Canadá uma forte oposição à pena mínima no meio jurídico e entre os especialistas. Até a Comissão canadense sobre a determinação da pena, o discurso de reforma oficial e dominante opõe-se fortemente a essa prática política⁵. Em relação aos hábitos precedentes e expectativas dominantes, haveria então “regressão”. Um ano após a abolição da pena de morte, o Parlamento criará outras penas mínimas relativas ao uso de armas de fogo. Em 1999, Gabor e Crutcher estimam em 29 o número de penas mínimas (incluídas as três penas únicas) de prisão no Código⁶. Mais tarde, Raaflaub estima em 40 o número de infrações com penas mínimas de prisão⁷.

A França, por sua vez, ilustra uma trajetória “em pêndulo”. O Código penal de 1810 adotou de forma predominante o modelo da pena mínima; o novo Código Penal de 1992 substituiu amplamente esse modelo (sem eliminá-lo totalmente) pelo modelo da “pena somente máxima”; e uma lei de 2007 do governo conservador de Sarkozy reintroduziu a pena mínima num programa de luta contra a reincidência. A trajetória da França é, portanto, distinta dos

dois outros países, o que nos permite relativizar uma série de observações presentes na literatura sobre esse tema.

O caso da França ilustra também a passagem, em um curto período de tempo, de uma prática legislativa centrada no modelo da pena única (Código penal de 1791) a uma prática legislativa centrada quase que exclusivamente no modelo da *pena mínima* e máxima (Código penal de 1810)⁸. Essa virada muito marcada, em conjunto com o que foi possível observar em relação ao Brasil e ao Canadá, permitiu-nos construir a seguinte hipótese empírica: até que se prove o contrário, o século XIX constitui o “tempo forte”⁹ da adoção da prática da pena mínima no Ocidente. No século XIX, três modelos de estrutura de penas vão se opor à pena única: o modelo da *pena bipartida ou tripartida*; o modelo da *pena mínima* (associada a uma pena máxima); e o modelo da *pena máxima somente* (sem pena mínima).

A França adotou, desde o século XIX, uma política legislativa que não busca eliminar totalmente o poder discricionário dos juízes no tocante à pena mínima. A autoridade política francesa progressivamente aprendeu a reconhecer a importância de uma certa margem de manobra em matéria de penas para o respeito aos princípios do sistema de Direito. E o retorno à pena mínima não a eliminou totalmente. Essa característica do caso francês, que contrasta com o caso do Brasil e do Canadá, será, para nós, particularmente útil no plano conceitual.

Enfim, resta-nos precisar, pela negativa, que nosso objetivo não é tratar de um eventual “retorno” à pena mínima ou explicar o que ocorre especificamente a partir da segunda metade do século XX. Não é tampouco examinar a questão da eficácia/ineficácia da pena mínima em relação ao controle da criminalidade¹⁰. Esses dois tipos de estudo nos distanciam de nosso objeto.

Nós trataremos inicialmente do problema da conceitualização e, em seguida, do problema dos fundamentos da prática. Esperamos poder compreender melhor as razões pelas quais essa prática tem mais chances de se reproduzir e de ser atualizada do que de ser abolida, em que pesem as repetitivas reivindicações nesse sentido.

PROBLEMAS DE OBSERVAÇÃO E DE CONCEITUALIZAÇÃO DA PENA MÍNIMA

Nós identificamos na literatura cinco dificuldades importantes na observação

da pena mínima. Três são de ordem conceitual e duas dizem respeito ao alvo do observador. Mas, antes, apresentaremos os quatro modelos de estruturas de penas¹¹. Esses modelos existem tanto no *common law* quanto na tradição *romano-germânica*. De acordo com a nossa linguagem conceitual, os modelos são os seguintes:

1. O modelo da *pena única*¹²;

Exemplo: “Quem fizer *X* deve ser condenado à prisão perpétua”.

2. O modelo da *pena bipartida* ou *tripartida*;

Exemplo: “Quem fizer *x* deve ser condenado à morte *ou* à prisão perpétua”.

3. O modelo da *pena mínima* (combinada quase sempre a uma pena máxima)¹³;

Exemplo 1: “Quem fizer *x* deve ser condenado à prisão de *ao menos* 3 anos [e até 7 anos].

Exemplo 2: “Quem for condenado a uma pena de prisão não poderá ser liberado condicionalmente antes de ter cumprido *ao menos* 1/3 de sua pena”.

4. O modelo da *pena somente-máxima* (sem pena mínima).

Exemplo: “Quem fizer *x* pode ser condenado a uma pena de prisão de até 5 anos.

Somente os três primeiros modelos colocam o problema da intervenção política na sentença do Direito. Com efeito, o quarto modelo não intervém no mesmo sentido dos anteriores: ele estabelece apenas um limite político máximo à intervenção do sistema de Direito Criminal. Como veremos, o modelo da pena mínima é o mais complexo e se apresenta sob formas mais ou menos rígidas de intervenção política. Passemos agora aos cinco problemas identificados na literatura:

1. Uma ausência de distinção conceitual entre *pena única* e *pena mínima*. O conceito de *pena mínima* é empregado para designar as duas situações;

2. Uma ausência de distinção conceitual entre a *pena mínima* e a *pena bipartida* ou *tripartida*. O conceito de pena mínima é empregado para designar *também* essa situação;

3. Uma tendência a restringir o conceito de pena mínima legislativa à sentença

pronunciada pelo tribunal. A pena mínima legislativa que se dirige ao juiz de aplicação de penas ou às autoridades correcionais e carcerárias fica completamente fora do campo de visão (*blind spot*);

4. Uma tendência a focalizar a observação somente sobre a pena mínima, que é construída com a pena de prisão;
5. Uma tendência a problematizar somente uma das modalidades da pena mínima: aquela que não deixa qualquer espaço decisório ao tribunal (a “pena mínima absoluta”). As outras modalidades ficam então em um “ponto cego” (*blind spot*) da observação.

1. Para reduzir a exposição, trataremos dos dois primeiros problemas conjuntamente. Tornou-se uma espécie de lugar-comum na literatura não distinguir a pena mínima da pena única, nem da pena bipartida (ou tripartida). A ausência dessa distinção produz descrições imprecisas e nos leva, também, a perder de vista a novidade histórica da pena mínima em relação à pena única e às outras estratégias possíveis de formulação de normas de sanção (modelo 4). A confusão com a pena única leva alguns pesquisadores até mesmo a ver a “pena mínima criminal” numa época em que a legislação ainda não se autodiferenciava como legislação *criminal*.

Assim, por exemplo, Gabor e Crutcher escrevem: “Dizem que a pena mínima é tão antiga quanto a própria civilização. O texto bíblico da *lex talionis* – olho por olho, dente por dente – era uma punição obrigatória que deixava pouca margem para o perdão ou para uma redução da pena”¹⁴. Com esse tipo de observação, os autores entram rapidamente em contradição. De fato, na frase seguinte, eles escrevem: “Nos Estados Unidos, as penas mínimas obrigatórias remontam a 1790 e, desde 1950, elas suscitam muita ambivalência”. Brinkley também funde os dois modelos de pena e acrescenta que as “penas mínimas obrigatórias no nível federal existem [nos Estados Unidos] desde 1790 [...]”¹⁵. Não sabemos então se ele já se refere ao modelo da pena mínima “não menos que” ou ao modelo da “pena única”.

No Canadá, a posição tomada pela Comissão canadense sobre a determinação da pena é mais complexa e difícil de interpretar¹⁶. A Comissão inicialmente também falou em “duas categorias de penas mínimas” referindo-se às penas única (modelo 1) e mínima (modelo 3). Mas, ela não manteve essa terminologia. Ela empregou quase imediatamente a distinção entre “prisão

perpétua obrigatória/penas mínimas obrigatórias”¹⁷. Ora, essa distinção diferencia pena única e pena mínima. E ela dirá que as “penas mínimas *normais*” “são definidas pela expressão ‘ao menos’ ou por uma expressão equivalente”¹⁸. Com essa distinção, a definição torna-se mais precisa que aquela dada por muitos outros autores.

Na realidade, a pena única é o modo mais rudimentar e “invasivo” de intervir politicamente pela legislação na sentença do Direito. Ela não conhece “mais” nem “menos”. E ela também não conhece “ou”. Ela não atribui qualquer autonomia decisória ao sistema de Direito Criminal. A sobrevivência dessas penas no século XXI constitui, assim, um “mistério sociológico”. Como esse modelo pode ser aceito por tanto tempo e percebido como legítimo, inclusive pelo próprio sistema de Direito Criminal?

O modelo da pena bipartida, que não será examinado em detalhes aqui, é ligeiramente menos restritivo do que o modelo da pena única: ele “oferece” duas sanções, sem modulação de quantidade, ao sistema de Direito. No século XX, tratava-se frequentemente de uma alternativa: pena de morte ou pena perpétua. Esse modelo parece ser um tipo de modelo intermediário ou de transição entre a pena única e a pena mínima.

2. A terceira dificuldade conceitual diz respeito à autoridade destinatária da pena mínima legislativa. O problema aqui decorre da localização da pena mínima no processo penal (considerado do início ao fim): alguns observadores não viram os dispositivos legislativos que se dirigem às autoridades correcionais (carcerárias) ou aos juízes que atuam na fase do cumprimento da pena como sendo penas mínimas. Ora, com a complexificação do sistema de Direito Criminal a partir do século XIX, o número de autoridades que se tornaram destinatários potenciais da pena mínima multiplicou-se. Em poucas palavras, o que acontece aqui?

Duas mudanças estreitamente ligadas e muito importantes acontecem nas últimas décadas do século XVIII e nas primeiras do século XIX. De um lado, a prisão afirma-se como o “protótipo” da penalidade em Direito Criminal¹⁹. De outro lado, ocorre uma alteração cultural no registro de observação do “sofrimento” que a pena criminal deve infligir e exprimir. Inspirando-nos num conceito de Norbert Elias²⁰, que assumiu a forma de um neologismo, diremos que Beccaria exprime de modo preciso um *mecanismo*

cognitivo ou *cultural* que denominaremos a “*temporização* do sofrimento-severidade” em relação às sanções²¹. *Temporização* significa, aqui, “pôr na dimensão temporal”, estabelecer uma relação com o tempo. O “sofrimento” que a pena deve infligir ao criminoso recairá cada vez menos sobre o corpo e cada vez mais sobre a dimensão temporal. De acordo com esse mecanismo, a pena, para fazer sofrer o culpado de uma maneira aceitável, deve “simplesmente” prolongar-se no tempo.

A pena (de prisão) cuja severidade se exprime na dimensão temporal pode agora ser observada como “humanista”, e mesmo se ela se traduz para o culpado em um longo período de encarceramento e se ela o mantém na prisão somente para fazê-lo sofrer ou para fazê-lo “pagar seu crime” (sem que ele represente um risco particular para os outros). Formulamos então a hipótese de que esse mecanismo dará as condições de possibilidade e facilitará enormemente a implementação das tarifas inflacionistas que conhecemos ainda hoje (10, 15, 20, 25, 30 anos), particularmente para os crimes considerados graves. Assim, a *gestão* da pena de longa duração apresenta-se como um novo problema e a relação entre a teoria da reabilitação e as outras duas teorias da pena (retribuição e dissuasão) estabelecerá um *patamar mínimo* de tempo: mesmo “reabilitado”, ele deverá esperar na prisão para pagar por seu crime, para dissuadir os outros, para exprimir a reprovação social. *Nasce* então, com as diferentes formas de liberdade condicional e de gestão dos regimes carcerários, a pena mínima *após* o pronunciamento da pena pelo tribunal, aquela que se dirige aos “novos decisores”: juízes de gestão de penas, diretores de penitenciárias etc.

Essa pena mínima exprime-se, também, geralmente pela mesma fórmula *ao menos* (ou equivalente). Dir-se-á, por exemplo, que um detento não pode ser liberado antes de ter cumprido ao menos 1/3 de sua pena. No Canadá, nos casos de alta traição e de homicídio em primeiro grau, a lei estipula que “o benefício da liberdade condicional está subordinado [...] ao cumprimento de *ao menos* vinte e cinco anos da pena” (art. 745 do Código Penal; grifo nosso).

Esse tipo de pena mínima, que é frequentemente esquecido, não passou despercebido pela Comissão de Reforma do Direito do Canadá: “Às vezes, também falamos em pena mínima para significar a parte de uma pena de

prisão que deverá necessariamente ser cumprida no meio carcerário”²². Lembremos que a Comissão considera que “é difícil ver por que deve haver um período mínimo de tempo a ser cumprido em detenção completa”²³.

3. A quarta dificuldade não é de ordem conceitual, mas ilustra o fato de os observadores dificilmente se aterem à própria pena mínima. Seremos breves nesse ponto. Os observadores invocam a pena mínima, mas seus interesses rapidamente se orientam em direção às penas mínimas de prisão²⁴. De fato, estamos convencidos que uma das principais consequências da pena mínima legislativa consiste na reprodução da sanção de encarceramento. Afinal, a pena mínima está ligada a essa sanção de modo persistente, particularmente para os crimes considerados mais graves. Todavia, as ideias que fundam a pena mínima legislativa são as mesmas, qualquer que seja o tipo de sanção. Se o observador quiser ir à raiz do problema, ele não pode deixar sua atenção concentrar-se exclusivamente num tipo de sanção. Também é preciso dizer que, mesmo do ponto de vista pragmático, as penas mínimas não prisionais podem ser um problema para o tribunal e conduzir ao encarceramento²⁵.

4. A quinta dificuldade é de outro tipo. Alguns observadores indicaram, com razão, que o modelo da pena mínima legislativa pode ser construído com diferentes *graus de fechamento/abertura* ao arbítrio judiciário²⁶. Nós vamos propor duas distinções, situadas em dois planos, para observar esses diferentes graus. O quadro a seguir busca representar essas duas distinções.

1 GRAUS DE ABERTURA/ FECHAMENTO DA PENA MÍNIMA LEGISLATIVA AO ARBÍTRIO DAS AUTORIDADES DO SISTEMA DE DIREITO



A primeira distinção é entre pena mínima absoluta / não absoluta. Há leis que proíbem toda forma de isenção à pena mínima: os tribunais não podem deixar de aplicar a pena mínima em nenhum caso que responda às caracte-

rísticas legais. Como indica Roberts, “atualmente, os juízes não se beneficiam de nenhum poder discricionário para reduzir a pena de alguém que foi considerado culpado de uma infração submetida a uma pena mínima obrigatória no Canadá”²⁷. Mas há, por outro lado, leis que estabelecem uma “válvula de segurança”²⁸ que permite aos decisores subtrair certos casos da aplicação da pena mínima. É nesse plano que intervém a segunda distinção. Essa válvula de segurança pode adotar, por sua vez, dois graus de abertura. Às vezes, as condições para a isenção são estritamente estipuladas pela lei. Não há qualquer margem de manobra para considerar outros elementos não previstos pelo legislador. Por exemplo, a lei autoriza o tribunal a excluir da pena mínima um indivíduo que recebe sua primeira condenação. Do outro lado da segunda distinção, a lei não somente permite isenções, mas também deixa ao tribunal a possibilidade de indicar livremente as razões da isenção. Nos dois casos, o tribunal deve geralmente motivar a isenção. Roberts indica que na Inglaterra e no País de Gales, por exemplo, os tribunais gozam de uma certa flexibilidade para não aplicar a pena mínima prevista pela lei²⁹.

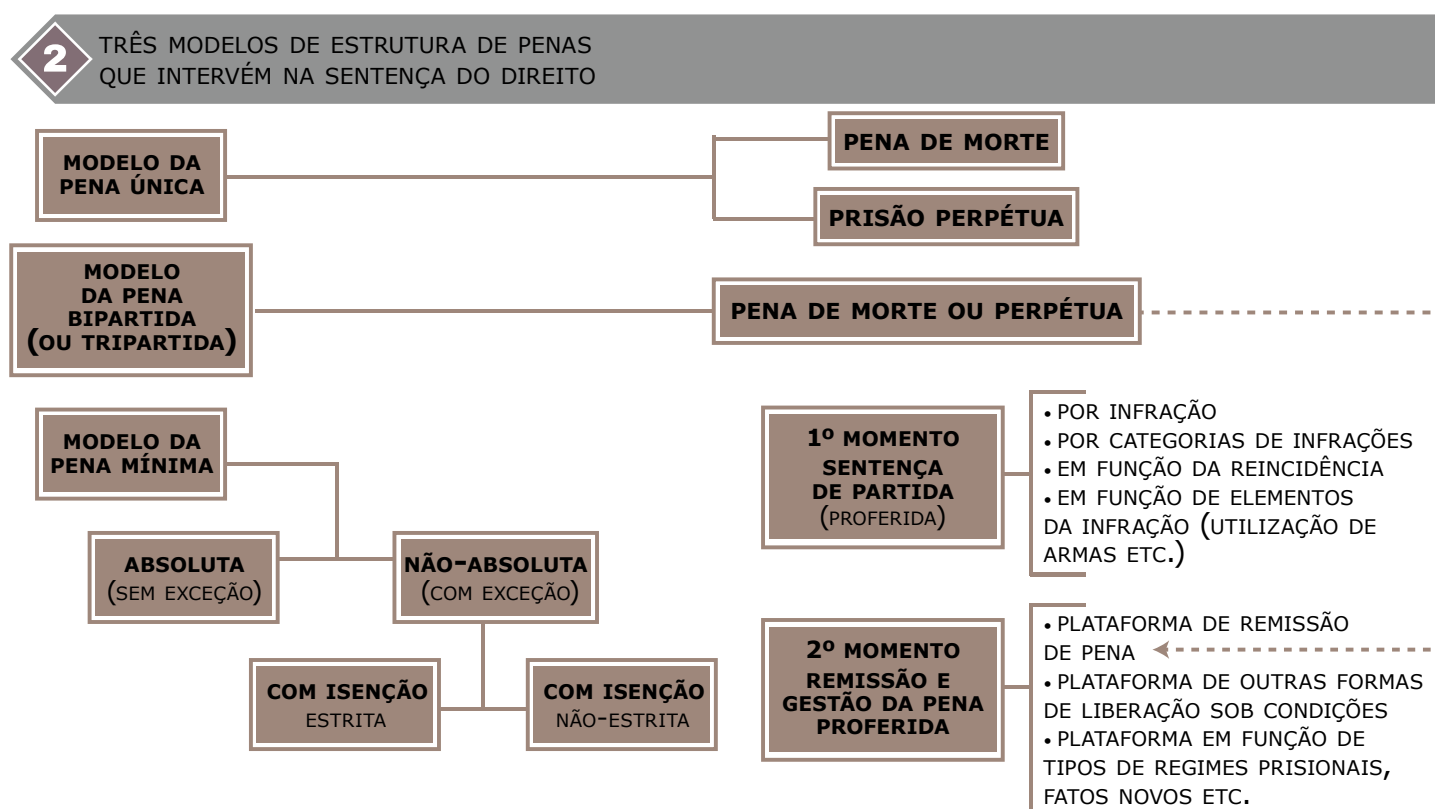
Primeira pergunta: como devemos designar essas penas mínimas com diferentes graus de abertura à discricção judiciária? A literatura emprega frequentemente as distinções pena mínima *obrigatória/presumida* ou pena mínima *obrigatória/menos obrigatória*. Não vamos adotá-las. Propomos substituí-las pela distinção pena mínima *absoluta/não absoluta*. A distinção “pena mínima *com/sem válvula de segurança*”³⁰ também é aceitável à condição de eliminar o adjetivo “obrigatória”. Nós diremos, também, que as penas não absolutas podem autorizar isenções *estritas* e *não estritas*. No Canadá e no Brasil, todas as penas mínimas são *absolutas*.

Segunda pergunta: por que abandonar o conceito de pena mínima obrigatória (*mandatory minimum punishment*) utilizado frequentemente? Porque achamos essa linguagem imprecisa e inapropriada do ponto de vista teórico. Por um lado, a distinção obrigatória/não obrigatória é imprecisa porque a pena mínima é sempre plenamente obrigatória para os casos que ela inclui.

A diferença entre a pena mínima absoluta e não absoluta não reside no seu caráter mais ou menos obrigatório, mas na *extensão* que a lei dá à obrigação: num caso ela aceita isenções e, no outro, não. É como a diferença entre um *autoritarismo* e um *autoritarismo esclarecido*. Por outro lado, a distinção

obrigatória/menos obrigatória (ou obrigatória/presumida) suscita uma ilusão do ponto de vista da reflexão científica. Ela leva certos pesquisadores, com um enfoque preferencial dirigido para as reformas, a se oporem às penas mínimas (absolutas), mas, ao mesmo tempo, a propor a título de alternativa não a pena somente-máxima (modelo 4), mas penas mínimas não absolutas. É verdade que a pressão política sobre a sentença do Direito é menor quando a pena mínima é não absoluta. Mas, do ponto de vista das consequências efetivas e virtuais sobre as estruturas do sistema de Direito, tanto as penas mínimas absolutas quanto as não absolutas reconduzem as mesmas ideias e teorias fundadoras dessa prática. Desse ponto de vista, não há diferença significativa entre elas.

5. O quadro 2, abaixo, resume o que vimos sobre os três modelos de estrutura de penas representando uma intervenção política na sentença do Direito. Ilustra também, a partir do caso canadense, como as legislações contemporâneas combinam uma pena única dirigida ao juiz do processo com uma pena mínima dirigida à autoridade encarregada da gestão das penas. A pena única é ilustrada tendo em conta somente duas opções: a pena perpétua e a pena de morte (onde ela ainda existe). Com a abolição da pena de morte no Canadá em 1976, as três penas únicas restantes estabelecem a prisão perpétua.



OS FUNDAMENTOS DA PENA MÍNIMA LEGISLATIVA

Voltemo-nos agora para o problema dos fundamentos da prática legislativa da pena mínima. Sublinhemos, de início, que os fundamentos dessa prática se aplicam também à pena única (modelo 1) e à pena bipartida ou tripartida (modelo 2). Esse problema pode ser formulado assim: como viemos a *fundar* o modelo da pena mínima de modo recorrente desde (ao menos) o século XIX em diversas jurisdições ocidentais?

Começemos pelas dificuldades que a resposta a essa questão coloca. Encontramos hoje na literatura (mas também nos debates parlamentares e na jurisprudência) um arsenal de argumentos para justificar uma posição favorável ou desfavorável a essa prática legislativa da pena mínima. Eles são ao mesmo tempo argumentos, ideias e justificativas. Esses argumentos apresentam-se como justificativas na medida em que eles se apoiam sobre uma tomada de posição a favor / contra essa prática. Chamemos a totalidade desses argumentos de “um debate de política criminal”.

Para dar uma visão rápida do conjunto da situação, retomemos as observações de Cavanagh e Teasely³¹. Os mencionados autores organizaram esses argumentos ao redor de cinco questões: “A pena mínima: (1) ajuda a dissuadir do crime? (2) substitui o poder discricionário do juiz pelo da promotoria? (3) elimina a disparidade injustificada? (4) leva a sentenças inapropriadas para as minorias? e (5) contribui para a superpopulação carcerária?”³². Evidentemente, essas perguntas não esgotam todo o debate. Por exemplo, Hélène Dumont (1977) mostrou que é possível opor-se a essa prática a partir de uma perspectiva feminista (que é frequentemente utilizada, paradoxalmente, para aprová-la).

O primeiro debate se desenvolve ao redor de um efeito eventual que é, ao mesmo tempo, uma finalidade oficial e explicitamente buscada por essa prática: uma justificativa e um estímulo para colocá-la para funcionar. A segunda questão diz respeito a um efeito eventual não almejado nas jurisdições nas quais a promotoria dispõe de um grande poder discricionário (para denunciar ou não e para selecionar ou modificar as infrações que integrarão a acusação). A terceira questão examina a utilidade/inutilidade (ou a pertinência/ impertinência) dessa prática para favorecer um tipo de política da igualdade perante a lei, mesmo quando esse efeito não faz parte dos objetivos políticos explíci-

tamente buscados. As duas últimas questões são semelhantes à segunda: elas buscam saber se essa prática produz efeitos eventuais não (diretamente) desejados. É claro que a pena mínima de prisão não pode contribuir logicamente com a redução da população carcerária, mas o eventual aumento (mais ou menos acentuado) dessa população não é nem uma finalidade dessa prática nem uma razão para justificá-la.

Ao examinarmos mais de perto o conteúdo desse debate (a favor/contra a pena mínima), vemos que os argumentos não se situam todos em um mesmo plano. Alguns dizem respeito a uma justificativa oficialmente e regularmente dada, nos mais diversos lugares, em favor dessa prática (o efeito dissuasório e a igualdade perante a lei); outros se referem aos efeitos ou fatos não diretamente desejados pela prática, mesmo se eles são às vezes implicitamente aceitos (ao menos até um certo ponto). Aqui, vemos se desenhar uma distinção entre os argumentos que se dirigem às justificativas oficiais consideradas aceitáveis e os argumentos que indicam fatos ou efeitos não desejados (e alguns potencialmente inaceitáveis).

Além disso, é fácil imaginar que certos argumentos (ou estudos) sobre os efeitos não desejados podem indicar efeitos que são muito graves (aumento brutal da população carcerária, “sobrerrepresentação” dos pobres nas prisões etc.). Esses fatos empíricos podem então justificar um questionamento radical da pena mínima. Não devemos, portanto, confundir o caráter mais ou menos convincente dos argumentos com aquilo a que eles se referem. Quando queremos examinar os fundamentos e uma prática, é necessário fazer uma distinção entre os argumentos que se apoiam exclusivamente sobre certos efeitos não desejados e as teorias ou princípios que fundam a prática. E ainda mais porque os “fundamentos” têm, eles também, seus próprios efeitos não desejados. A pesquisa dos fundamentos exige que prestemos uma atenção especial (Husserl) justamente sobre aquilo que nós queremos fazer, sobre como nós queremos fazer e sobre as teorias que nós construímos e mobilizamos para dar suporte àquilo que fazemos. Vamos reter um ensinamento da sociologia fenomenológica: o “mundo das ideias” (ou do conhecimento) é composto de diferentes *camadas de sedimentação*³³. As ideias não estão todas distribuídas num mesmo plano; e elas não têm todas, por assim dizer, o mesmo “peso” ou a mesma “densidade”.

De um ponto de vista sociológico, a questão de ordem metodológica passa a ser então: como encontrar, empiricamente, as teorias, princípios e ideias que vão desempenhar o papel de um *fundamento*?

Para responder a essa pergunta, faremos um longo percurso com a ajuda de Lalande³⁴ e Boisse³⁵. Na verdade, nós adotamos e adaptamos uma distinção que a Filosofia faz em certas ocasiões entre um *fundamento* e as outras *justificativas* possíveis. Tomando emprestado um termo de Boisse, nós vamos qualificar esse conjunto de outras justificações possíveis – que são usualmente aquelas centradas sobre as consequências não desejadas – de “fatos justificativos” (a favor ou contra uma prática). Para facilitar a compreensão de nossa exposição, vamos listar desde já os critérios que adotamos para operacionalizar essa distinção entre *fundamentos/ fatos justificativos*:

3

CRITÉRIOS OPERACIONAIS PARA DISTINGUIR DOIS TIPOS DE JUSTIFICATIVAS

OS FUNDAMENTOS

1. O ARGUMENTO É AUTO-SUFICIENTE E FAZ REFERÊNCIA DIRETAMENTE ÀS IDEIAS QUE REPETITIVAMENTE SUSTENTAM A RAZÃO DE SER DE UMA PRÁTICA SOCIAL INSTITUCIONALIZADA
2. O ARGUMENTO OFERECE UM PONTO DE APOIO PARA O ASSENTIMENTO E INDUZ, EM REGRA GERAL, UM FORTE VALOR DE APROVAÇÃO
3. O ARGUMENTO É CONTEMPORÂNEO À PRÁTICA (TEM A MESMA LONGEVIDADE)
4. O ARGUMENTO É APLICÁVEL EM TODOS OS LUGARES ONDE A PRÁTICA EXISTE (NÃO REGIONAL)
5. O ARGUMENTO SE APLICA COM A MESMA PERTINÊNCIA A TODAS AS MODALIDADES (VARIEDADES) DA PRÁTICA EM QUESTÃO

OS FATOS JUSTIFICADOS

1. O ARGUMENTO NÃO É AUTO-SUFICIENTE E NÃO FAZ REFERÊNCIA DIRETAMENTE ÀS IDEIAS QUE REPETITIVAMENTE SUSTENTAM A RAZÃO DE SER DE UMA PRÁTICA SOCIAL INSTITUCIONALIZADA (MAS FAZ REFERÊNCIA A OUTROS ESTADOS-DE-COISA-A-CONHECER: CONSEQUÊNCIAS, OPINIÕES ETC.)
2. O ARGUMENTO NÃO OFERECE UM PONTO DE APOIO PARA O ASSENTIMENTO E NÃO INDUZ, EM REGRA GERAL, UM FORTE VALOR DE APROVAÇÃO
3. O ARGUMENTO NÃO É CONTEMPORÂNEO À PRÁTICA (NÃO TEM A MESMA LONGEVIDADE) E NÃO TEM UM ALCANCE RETROATIVO
4. O ARGUMENTO NÃO É APLICÁVEL EM TODOS OS LUGARES ONDE A PRÁTICA EXISTE (REGIONAL)
5. O ARGUMENTO NÃO SE APLICA COM A MESMA PERTINÊNCIA A TODAS AS MODALIDADES (VARIEDADES) DA PRÁTICA EM QUESTÃO

1. Para começar, a ideia de *fundamento* reenvia à ideia de autossuficiência. Ela é uma “metáfora tirada da arquitetura: *aquilo sobre o que repousa* certa ordem ou certo conjunto de conhecimentos”³⁶. Adaptemos essa metáfora ao nosso problema: o fundamento será dado pelas ideias que se apresentam como os “últimos pontos de apoio” de uma prática, sobre o que ela repousa. E excluamos imediatamente, com Lalande, um dos sentidos possíveis da palavra “repousar”: não se trata aqui de *repousar* no sentido de um ponto de partida lógico

(“fundamento da indução”), mas de *repousar* no sentido de “aquilo que dá a algo [...] *sua razão de ser*”³⁷. Podemos dizer também: seu “embasamento teórico”³⁸, no sentido de uma “teoria prática”³⁹. Logo, fundar é “estabelecer uma base sólida”, estável e refletida no plano das justificativas, pelo menos até o momento em que essa fundação for questionada, o que dará ensejo a uma reconstrução das práticas sobre outros fundamentos ou teorias práticas.

Desse modo, quando afirmamos categoricamente que “a pena mínima protege a sociedade” (teoria da dissuasão), seja isso verdadeiro ou falso, nós damos um fundamento a essa prática: nada mais precisa ser acrescentado. O argumento se sustenta por si só. O mesmo acontece quando dizemos que “a pena mínima é justa porque ela retribui o mal moral do crime por um sofrimento proporcional a esse mal”. Seja esse um raciocínio distorcido ou não, pouco importa: aqui também, se aceitamos essa concepção da justiça, nada mais precisa ser dito. É claro que, se a pena é considerada “muito elevada” pelo sistema de Direito, *é aquela pena específica* que poderá ser invalidada, mas não as ideias que sustentam a prática (por exemplo, a concepção retributivista da justiça criminal). Isso só pode acontecer se as teorias da retribuição e da dissuasão, na qualidade de fundamentos, forem descreditadas ou substituídas por outras teorias práticas que veiculam uma outra concepção da justiça criminal. E se as ideias não são abandonadas ou reconstruídas de outro modo, a prática em seu conjunto permanece protegida. Lembremos, contudo, que não é necessário abandonar as ideias fundadoras de uma prática para poder abandoná-la inteira e definitivamente. Podemos abandonar definitivamente a pena de morte e a pena perpétua sem abandonar as ideias que as fundaram.

Por outro lado, se constatamos que “a pena mínima é aceita pelo público ou pelo eleitorado”, fica claro que esse fato justificativo não é suficiente para fundar a prática. Somos conduzidos a colocar outras questões, tais como, entre outras: por *qual razão* o público aceitou essa prática? E por qual razão (política? jurídica?) devemos levar em consideração a opinião do público para decidir como punir? O público pode ter interiorizado as ideias da teoria da dissuasão e pensar que ele estará mais protegido por essa prática. Temos aqui uma indicação de que o argumento oferece uma justificação, mas que não é autossuficiente e não parece, portanto, indicar diretamente os fundamentos da prática.

De um ponto de vista sociológico, os “fatos justificativos” se caracterizam também pelo fato de *desenvolverem um problema*, por assim dizer, “para frente” ou “para o exterior” da própria prática. Eles exploram certas consequências (desejáveis/lamentáveis) da prática social em questão, eles constroem novos problemas etc. Pode-se dizer, tomando emprestada uma expressão de Husserl, que os fatos justificativos tendem a desviar nossa atenção na direção de outros *estados-de-coisa a conhecer*⁴⁰. Eles nos afastam do “fundamento”. Assim, a opinião do público nos leva a outros *estados-de-coisa a conhecer*: será que o público realmente pensa do modo que se diz que ele pensa? Modificaria sua opinião se recebesse informações adicionais sobre os efeitos dessa prática? Essas questões, em que pesem muito importantes, levam-nos a deixar para trás a pesquisa sobre os fundamentos.

Importante notar que a questão do efeito/não efeito da dissuasão é mais complexo, pois ele pode se referir aos fundamentos. De um lado, a questão nos conduz a outros estados-de-coisa a conhecer, mas, de outro lado, a resposta pode dizer respeito a um argumento autossuficiente que é utilizado como fundamento. Evidentemente, se o sistema político e o sistema de Direito não utilizam esses resultados contra o fundamento, este permanece válido (do ponto de vista desses sistemas). E se eles abandonam o fundamento criticado (a teoria da dissuasão) para se apoiar sobre outro fundamento não criticável empiricamente (teoria da retribuição), a prática não perde *todos* os seus fundamentos.

É por essa razão que a pesquisa dos “fatos justificativos” desvia a atenção do observador dos fundamentos dessa prática. Há uma espécie de paradoxo no fato de avançar no plano das informações: nós obtemos mais informação (sobre a satisfação / não satisfação do público etc.), mas nós caminhamos em direção ao *exterior* da prática em si mesma, perdendo de vista as ideias e teorias sobre as quais ela repousa. Por um lado, exploramos outras dimensões ou aspectos de uma prática; por outro, perdemos de vista seu suporte essencial. Nós não identificamos os próprios fundamentos da prática e não aprofundamos nossa reflexão sobre eles. Nossa atenção concentra-se em outro lugar. É verdade que a referência ao fundamento pode acompanhar a observação do que é acessório, mas então ela o faz “num modo acessório”, para retomar algumas observações de Husserl⁴¹. Será, então, *uma outra*

questão, e não aquela relativa ao fundamento, que desempenhará “o papel de um motor do processo cognitivo”⁴².

2. O segundo critério é complementar ao primeiro. Tenhamos em mente que o fundamento e uma prática social é aquilo que oferece ao que é fundado “*um valor de aprovação muito característico*: aquilo que é “sem fundamento” é ilegítimo ou quimérico; aquilo que é fundado é justo ou sólido”⁴³. A hipótese de trabalho aqui é que o fundamento da pena mínima deve estar entre as ideias que transmitem um “forte valor de aprovação” como regra geral. A questão aqui será a seguinte: quais são as ideias que, quando evocadas, levam frequentemente as pessoas a aceitarem, em princípio, essa prática?

A dificuldade de aplicação desse critério decorre do fato de que, em situações excepcionais, os fatos justificativos podem fornecer um valor forte para um posicionamento contrário a uma prática social dominante. Por exemplo, um *aumento extraordinário* na população carcerária pode fornecer um forte valor para um posicionamento contrário a essa prática. No entanto, é possível ver que a taxa de encarceramento não constitui, em si mesma, um argumento em favor dessa prática (ou contra ela).

3. O terceiro critério pode comportar exceções, mas ele nos ajudou no processo de identificação dos fundamentos. Já sabemos historicamente que a prática da pena mínima foi oficialmente atualizada em várias jurisdições ocidentais durante o século XIX (Brasil, Canadá, Estados Unidos, França). De acordo com esse critério, é de se esperar cognitivamente que as ideias que dão a “razão de ser” dessa prática já estejam presentes e visíveis nas comunicações. Aqui, a hipótese de trabalho é que as ideias fundadoras são ao menos contemporâneas de uma prática que se difundiu em várias jurisdições (embora não possam explicar esse nascimento). Há uma segunda hipótese de trabalho, ligada à anterior: é que a *densidade* de um fundamento é dada por sua *historicidade*, isto é, pela “longa duração” das ideias. Pode-se também dizer: por sua recorrência nas comunicações de um sistema social de referência. Quanto mais um sistema social *repete* para si mesmo certas ideias associando-as a uma prática, mais essas ideias se condensam e ganham em credibilidade. Os fatos justificativos, ao contrário, não são caracterizados pela mesma longevidade que a institucionalização da prática (eles não duram no tempo) e têm, por consequência, menos densidade ou historicidade.

4. O quarto critério é também auxiliar. A hipótese de trabalho aqui é de que as ideias ou teorias que constituem o fundamento de uma prática encontram-se em todo lugar onde existe essa prática. Se a pertinência da justificativa (ou do argumento) está circunscrita às características de uma região ou de algumas jurisdições, enquanto a prática existe em outras regiões em que não encontramos essa característica, essa justificativa tem boas chances de ser um simples “fato justificativo”.

5. Enfim, o argumento que serve para fundar uma prática social deve poder se aplicar a todas as variedades dessa prática. Desse modo, no caso da pena mínima, ele deve poder se aplicar àquelas que se dirigem aos juízes de aplicação das penas ou às autoridades correcionais (gestão da pena) e mesmo àquelas que são construídas exclusivamente com a sanção de multa (sem a pena de prisão). As teorias da retribuição e da dissuasão passam essa prova, mas uma série de argumentos a favor ou contra essa prática não passam. Então, o argumento da satisfação da vítima utilizado em favor dessa prática parece ser pouco pertinente para justificar a pena mínima de multa ou as penas de prisão de curta duração (três a seis meses, por exemplo).

6. Cremos poder afirmar que os fundamentos dessa prática da pena mínima (e também da pena única e bipartida ou tripartida) são dados por duas (ou três) teorias da pena e por uma teoria (do século XVIII) acerca da separação dos poderes. Essas são as únicas justificativas encontradas que satisfazem os cinco critérios para identificar um “fundamento”. As duas teorias da pena são as da retribuição e da dissuasão. A terceira, em relação à qual temos algumas dúvidas, é a teoria da denunciação ou da reprovação social (voltaremos a este ponto mais adiante). Trataremos aqui (nº 6) e nos dois pontos seguintes (nos 7 e 8) das teorias da pena e, no ponto 9, da teoria da separação dos poderes.

Lembremos rapidamente que a teoria da retribuição sustenta que a pena deve infligir uma “tarifa proporcional de sofrimento” para “fazer justiça” e que essa teoria é indiferente ao fato de o culpado ter ou não reparado (ou reatado suas relações com) a vítima, poder ou não ser libertado se o juiz o considerar reabilitado etc. A prática da pena mínima apoia-se em e conta essencialmente com a seguinte ideia dessa teoria: ao menos uma tarifa mínima de sofrimento, mesmo se essa tarifa for de muito longa duração (considerando que o crime seja tido como grave). A teoria enfatiza também

que a punição é uma “obrigação moral imperativa”: é necessário punir, sem exceção, todos os transgressores considerados culpados. Ela presta também seu apoio ao princípio da pena mínima absoluta. Essa teoria apoia também a iniciativa – ou não a contradiz fortemente – de punir mais severamente os reincidentes (contanto que isso seja feito sem produzir uma desproporção mais ou menos grosseira entre a gravidade do crime e a pena). Na realidade, compreende-se frequentemente que ela aceita a ideia de que a “culpa aumenta com a repetição das transgressões”. E como essa teoria constrói uma ligação estrita, quase “hidráulica”, entre a severidade da pena e o grau de culpa, quanto mais o dito grau é visto como “mais elevado”, mais sofrimento deve ser infligido pela punição. É o que a teoria prática recomenda às autoridades políticas e jurídicas.

A teoria moderna⁴⁴ da dissuasão (ou da prevenção) sustenta que o sofrimento infligido pela pena deve ultrapassar (pelo menos um pouco) as vantagens do crime para poder servir de freio ou de obstáculo aos criminosos potenciais eliminando a sua audácia de cometer um crime. A teoria comunica às autoridades que uma pena “que inflige sofrimento suficiente protege a sociedade”, e *somente essas penas* o fazem. A teoria tenta convencer as autoridades de que a pena do Direito Criminal é capaz de controlar as operações mentais dos sistemas psíquicos e, particularmente, se ela é “certa” (e proporcionalmente severa); isto é, aplicada sem exceção ou com a menor exceção possível. Para essa teoria, os reincidentes devem ser punidos mais severamente, pois sua reincidência “mostraria” que a primeira punição *dada* não foi suficientemente forte para eliminar sua audácia. Todavia, há um limite: ela sustenta também a necessidade de respeitar certa escala de proporcionalidade entre os crimes e as penas. A ideia da teoria é que os diversos níveis de gravidade dos delitos não devem se confundir. Se punirmos com severidade excessiva os crimes mais leves (até mesmo entre os reincidentes), estimularemos a perpetração de crimes mais graves, já que suas penas se tornarão equivalentes.

Essas duas teorias têm em comum o fato de que são inteiramente indiferentes à inclusão social dos indivíduos. Isso significa que o critério da *inclusão social* não importa para decidir a pena. A teoria da dissuasão se constrói a partir de um conhecimento muito rudimentar e simplista do modo de funcionamento da “racionalidade dos indivíduos” e dos sistemas psíquicos. Além

do mais, ela pressupõe tantas coisas por parte do mais comum dos mortais que raramente alguém poderia efetivamente lhe corresponder nas condições da vida cotidiana⁴⁵. Mas, nada disso é espantoso: essa teoria precede o nascimento e o desenvolvimento das ciências humanas. As duas teorias foram e são utilizadas para fundar essa prática e elas são chamadas a intervir de forma alternativa ou cumulativa pelo sistema político e pelo sistema de Direito.

Evidentemente, os enunciados (premissas) dessas teorias não prescrevem direta e explicitamente as penas mínimas como tais (mais globalmente: eles não prescrevem diretamente nenhuma prática punitiva específica). A decisão de criar penas mínimas legislativas é uma decisão “inspirada por essas teorias”. Dito de modo prosaico: certos sistemas psíquicos, ao tomar conhecimento da teoria, produzem a ideia da pena mínima, e a realização dessa ideia leva outros a repeti-la. Ao interiorizar as ideias da teoria, pode-se vir a ter (*ou não*) a ideia de criar penas mínimas. Ademais, quando mobilizamos essas teorias para justificar a prática da pena mínima, aumentamos a probabilidade de sua aceitação. Se uma autoridade política diz: “Nós criamos a pena mínima para obter mais votos”, essa justificativa, por si mesma, não favorece a aceitação da prática (no exterior do partido político). Mas, se ela diz: “Nós criamos esta pena para proteger a sociedade contra a criminalidade” e/ou “para assegurar que a punição será proporcional ao crime”, ela aumenta a probabilidade que essa pena seja aceita pelo público e pelo sistema de Direito Criminal. A “finalidade” da escolha política confunde-se com a “finalidade” da pena (mínima) atribuída pelas teorias da pena e tem mais chances de ser considerada como “válida”.

No Canadá, as teorias da retribuição e da dissuasão eram absolutamente presentes e dominantes no século XIX, mas, no entanto, houve relativamente pouca atenção fixada sobre as penas mínimas até a lei contra as drogas de 1961 e a abolição da pena de morte em 1976. É uma das razões pelas quais um fundamento *não explica* a atualização (ou a abolição) da prática social específica que ele funda. Metaforicamente falando: os fundamentos de um edifício não nos levam a construir o edifício “X”. Podemos construí-lo ou não e podemos construir inúmeros ou muito poucos. Ademais, podemos, sobre um mesmo fundamento, construir “tipos de edifícios” que sejam relativamente diferentes uns dos outros: pena única, pena bipartida, pena mínima absoluta, pena mínima com isenções não estritas etc.

Afirmamos que essas duas teorias *fundam* essa prática porque elas parecem ser as únicas capazes de fornecer uma “razão de ser” para todas as modalidades, variantes genéricas e formas concretas da pena mínima: aquela que se dirige ao tribunal e à gestão das penas; a que é absoluta e a que não o é; a que estipula uma pena (curta ou longa) de prisão e / ou exclusivamente de multa.

Por outro lado, vale a pena repetir: isso não quer dizer que essas teorias conferem seu assentimento incondicional a *qualquer* pena mínima *concreta* fabricada pelo sistema político. Por exemplo, essas teorias, na sua forma refletida, não apoiam uma pena mínima de 7 anos para o furto de uma garrafa de leite ou para a importação de um maço de cigarros de maconha. Mas, elas podem ser utilizadas por um governo para justificar essas penas e elas não podem “resistir” a esse (mau) uso. Todavia, pode surgir uma resistência se o Direito utilizar essas mesmas teorias para criticar a desproporção grosseira dessas penas. Mas, se o Direito julgar que importar um maço de cigarros, é “um crime muito grave” porque isso “estaria ligado” (segundo sua representação) a todas as mortes causadas pelas drogas no planeta, não haverá resistência (nesse momento), mas assentimento: a justificativa do político (boa ou má) é recebida positivamente pelo sistema de Direito Criminal. É uma das funções dessas teorias: fazer aceitar a decisão de um sistema (político) por outro (Direito Criminal) e contribuir, para o bem e para o mal, com uma coordenação entre esses dois sistemas.

Voltemos à nossa imagem: os fundamentos podem “reagir contra” uma construção em particular. Por exemplo, os fundamentos de um edifício de 10 andares “toleram mal” um edifício de 20 andares. Sem abandonar a imagem: os fundamentos “exigem” certa proporcionalidade para “sustentar” a construção “X”. Mas, o engenheiro pode ignorar essa exigência e o edifício pode ficar (ou não) milagrosamente de pé, pelo menos por um tempo. É por essa razão que a jurisprudência pode empregar essas teorias (que fundam uma prática) não somente para *conservá-la*, mas também para *questioná-la* em algumas de suas manifestações concretas. É também por essa razão que um indivíduo que contribui com as ideias retributivistas (ou da teoria da dissuasão) pode, sem abandoná-las, criticar ao mesmo tempo certas formas de pena mínima. É preciso distinguir entre “aceitar as ideias que fundam” e “aceitar a pena mínima” ou

certas formas ou manifestações concretas dessa prática. Um indivíduo pode achar que certas penas mínimas são demasiado elevadas (“desproporcionais”); que a pena mínima legislativa absoluta (obrigatória) produz injustiças, mas que a pena mínima não absoluta e não estrita não coloca problemas etc.

Ilustremos a partir de um único exemplo como essas teorias desempenham um papel na aceitação-reprodução fática dessa prática. Trata-se aqui da declaração de um ministro canadense da Justiça ao Senado em 1952. Nessa declaração, o ministro opunha-se ao ponto de vista da Royal Commission on the Revision of the Criminal Code, que recomendava a abolição de todas as penas mínimas, e a teoria que ele selecionou e atualizou na sua comunicação é a da dissuasão: “[...] consideramos que, em razão do seu efeito dissuasivo, as penas mínimas não deveriam ser inteiramente abolidas [...]”⁴⁶. Vê-se que essas teorias não são simplesmente utilizadas para fazer aceitar uma nova pena mínima, mas também para resistir contra sua abolição.

7. Identificamos duas ressalvas que se poderia fazer às nossas afirmações sobre essas duas teorias da pena como fundamento dessa prática. A primeira é a seguinte: a teoria da pena da neutralização não constituiria *também* um fundamento?

Lembremos que, na sua expressão mais elementar, a teoria da neutralização sustenta que, em certos casos e por razões específicas, pode parecer necessário neutralizar certos indivíduos “que representam uma ameaça séria para a vida e a segurança pessoal dos outros” (CDRC 1976, p. 11-12; tradução nossa). Nesse sentido estrito, a teoria legitima exclusivamente certas prestações específicas do tribunal no que concerne à determinação da pena.

No entanto, de um ponto de vista empírico, é certo que a teoria da neutralização foi empregada para justificar certas formas concretas de pena mínima. Foi especialmente o caso de certas leis estadunidenses conhecidas pelo nome de “leis das três faltas” (*three strikes and you’re out*). No âmbito dessas leis, um indivíduo foi condenado a uma pena mínima de 27 anos por ter tentado vender baterias roubadas no valor de US\$ 90,00 (essa era sua terceira pequena infração)⁴⁷. Essas leis foram justificadas pela teoria da neutralização (e secundariamente pela da dissuasão)⁴⁸. Porém, examinando mais de perto, vemos que a teoria da neutralização não serve como fundamento dessa prática no seu conjunto. Ela não se aplica às penas mínimas construídas

com multa nem às construídas com uma curta pena de prisão. É que o argumento da teoria “de impedir a pessoa condenada de cometer uma nova infração durante o seu encarceramento” só tem um mínimo de sentido para as penas muito longas ou para situações muito individualizadas (o que a pena mínima não faz). Portanto, essa teoria não tem um alcance fundacional suficientemente amplo. Ela serve, no máximo, de fundamento *ad hoc* para as penas mínimas legislativas mais radicais e absurdas (aquelas que não são apoiadas nem pela teoria da retribuição nem pela teoria *moderna* da dissuasão).

A segunda ressalva ofereceu mais dificuldades para nós e nossas dúvidas em relação a ela não foram inteiramente dissipadas. Sua formulação é a seguinte: a teoria da *denúnciação* (ou da reprovação social) não constitui *também* um fundamento dessa prática?

Duas razões favorecem uma resposta negativa. A primeira razão é que essa teoria emerge como teoria diferenciada das outras duas (retribuição e dissuasão) somente na segunda metade do século XIX. As penas mínimas já estavam instaladas e fundadas. Além disso, essa teoria só se tornará visível e fortemente institucionalizada pelo sistema político e pelo sistema de Direito Criminal a partir da segunda metade do século XX⁴⁹. No entanto, isso não afasta inteiramente a possibilidade de que ela seja um novo fundamento para uma velha prática. E, até certo ponto, ela parece efetivamente desempenhar esse papel.

A segunda razão para não incluí-la entre os fundamentos é a seguinte: existem pelo menos duas versões dessa teoria, mas, ao menos em algumas jurisdições do *common law*, o sistema político e o sistema de Direito Criminal atualizam, de modo predominante, sobretudo a versão que valoriza as penas mais severas para os crimes considerados os mais graves⁵⁰. Essa versão sustenta a *necessidade* das penas severas (de prisão ou de morte) “para dar exemplos espetaculares” de infligência de sofrimento. Ela parece, portanto, menos pertinente para fundar a pena mínima construída com a pena de multa. Por outro lado, essa teoria contribuiu para fundar a pena construída com penas severas de prisão, além de ser utilizada pelos movimentos sociais para reivindicar penas severas que parecem responder aos seus interesses.

Contudo, identificamos também uma razão que milita em favor de uma resposta positiva. Nas jurisdições de tradição jurídica romano-germânica, essa

teoria da “denúnciação”⁵¹ parece estar menos orientada especificamente em favor das penas particularmente severas. Em virtude disso, nós optamos, nesse momento, por incluí-la entre as teorias que contribuem para fundar essa prática, pois ela constitui um fundamento marginal para a pena mínima de multa, cujo valor não é elevado.

8. A última dificuldade em relação à identificação dos fundamentos pode ser apresentada do seguinte modo: o princípio da *igualdade perante a lei* pode fundar a prática legislativa da pena mínima? Esse princípio é *também* associado empiricamente à pena mínima, sendo também contemporâneo à emergência dessa prática. De fato, ele satisfaz igualmente aos cinco critérios empíricos indicados. Sublinhemos particularmente o critério da autossuficiência: “a justiça exige a igualdade perante a lei”.

À questão “por qual razão criar ou conservar as penas mínimas?” podemos, então, responder, com as observações de Gabriel Tarde: “A desgraça é que individualizar a pena é *desigualá-la* para delitos iguais, e é bom fazer entrar em consideração o sentimento de injustiça aparente que essa desigualdade não pode deixar de fazer com que sintam os condenados, e até um grande número entre eles, e mesmo a massa ignorante do público”⁵².

Mais uma vez, não nos é possível desenvolver esse tema aqui. Fazê-lo nos exigiria comparar o lugar dos valores “igualdade” e “liberdade” no Direito Criminal. Digamos simplesmente que há diferentes formas de conceber e de construir o valor igualdade em Direito Criminal. Por exemplo, podemos oferecer os mesmos critérios de avaliação a todos os condenados. Mas, a maneira pela qual Tarde construiu a igualdade – “a pena deve ser igual à infração” – é extraída de uma das teorias da pena (nesse caso, a teoria retributivista). O argumento da igualdade que é utilizado para legitimar a pena mínima (e única) é invariavelmente extraído ou da teoria retributivista ou da teoria da dissuasão. Nossa conclusão é, portanto, que esse discurso sobre a igualdade integra efetivamente os fundamentos da pena mínima, mas na medida em que se constitui um “fragmento avulso” das próprias teorias da pena. Com efeito, essa maneira de conceber a igualdade é um resultado dessas teorias. São as duas teorias (retribuição e dissuasão) que fundam, por sua vez, o argumento sobre a igualdade entre a infração e a pena (retribuição) ou entre a gravidade do crime e a severidade da pena

(dissuasão). Contudo, como essa justificativa pelo princípio da igualdade circula frequentemente sem referência explícita às teorias da pena, nós vamos incluí-la também de forma separada no quadro 4.

9. Agora, rapidamente, o que acontece com a *teoria da separação dos poderes*? Referimo-nos a uma teoria do século XVIII que encontramos, entre outros, em Montesquieu⁵³ e Beccaria⁵⁴. Em matéria criminal, essa teoria atribui ao juiz a tarefa de determinar se um acusado é culpado ou não, mas atribui ao legislador (sistema político) a tarefa de determinar a pena. Conforme a interpretação que ela recebe, essa teoria pode avalizar a ideia de que o parlamento goza de legitimidade plena para determinar a pena criminal, podendo atribuir ou não aos tribunais um certo campo decisório⁵⁵.

Doyle nos mostra, de modo interessante, como a Corte Suprema dos EUA parece ao mesmo tempo aceitar essa teoria (em relação à pena única e mínima) e consagrar um princípio que poderia contradizer essa teoria e retirar a legitimidade dessa prática (e que ainda pode fazê-lo)⁵⁶. Em uma de suas decisões, a Corte disse que o “Congresso tem o poder de definir as punições criminais sem dar aos tribunais *nenhuma discricção* a respeito da pena” (*United States v. Chapman*, 500 U.S. 453, 467 [1991], grifos nossos). Numa outra decisão, ela sustenta que “permanece um princípio fundamental do nosso modelo constitucional o fato de que um ramo do Governo não pode imiscuir-se [*intrude upon*] nas prerrogativas centrais de outro ramo”. A Corte afirma a separação dos poderes, mas aceita ao mesmo tempo uma forma *de ingerência ou intervenção radical do político* na sentença do Direito: aquela que chega a retirar dele toda discricção acerca da sentença. Tudo acontece como se a determinação da pena não pertencesse às prerrogativas centrais do tribunal. Em suma, não somente a pena única, mas igualmente a pena mínima com ou sem cláusula de isenção, são aceitáveis para essa teoria. Ela legitima todas essas formas de intervenção política na sentença do Direito.

Montesquieu e Beccaria veem o papel do juiz no momento de indicar a pena como o mais próximo possível do de um “aplicador mecânico” da pena estipulada pelo legislador. Daí a célebre fórmula de Montesquieu: “[...] os juízes da nação são apenas, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; *seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor*”⁵⁷. A pena mínima (e única) é justamente aquilo que servirá de obstrução

à *moderação* do juiz. Zenati⁵⁸ mostra que, no âmbito dessa teoria, “reconhecer ao juiz um poder de apreciação” é visto como algo que gera “um risco de arbitrariedade”⁵⁹. Do ponto de vista dessa teoria, o legislador fica cego em relação a sua própria arbitrariedade e vê apenas a do juiz; ou ainda o legislador vê sua arbitrariedade, mas a tolera. A teoria prega a necessidade de cortar “toda faculdade de iniciativa” (Zenati) do juiz. Evidentemente, na sua forma mais radical, a teoria logo se tornará obsoleta. Mas, ela continua a legitimar essas duas práticas (pena única/mínima).

Fica claro que, segundo essa teoria, a pena é mais uma “questão política” do que uma “questão de direito”. Não vamos descrever aqui a maneira como o sistema de Direito Criminal acabou por *interiorizar* e *aceitar* essa teoria. Mas ela produz, com relação ao ofício do juiz, uma verdadeira *capitis diminutio* (perda de autoridade) quanto a uma de suas atribuições que, no entanto, é central⁶⁰: a proteção da liberdade dos indivíduos e a determinação de sanções “justas” para o *caso concreto* (sem submeter-se a um ritual político sacrificatório). Mas, como é possível sustentar a prática da pena única e mínima *legislativa* sem essa teoria que atribui ao sistema político o direito de determinar a pena do sistema de Direito? Pelo menos à primeira vista, ela também parece fundar essa prática. Ela possui uma densidade cultural e fornece um ponto de apoio para o assentimento desse tipo de intervenção; ela é também aplicável em todos os lugares onde essa prática existe e chega mesmo a preceder um pouco historicamente o modelo da pena mínima. E ela se aplica a todas as variedades da pena mínima *legislativa*.

Todavia, apareceram dois problemas na operacionalização da distinção *fundamento/ fato justificativo*: somente um deles será apresentado aqui.

Essa dificuldade é a seguinte. Mesmo no plano estritamente legislativo, essa teoria da divisão de poderes é insuficiente para fundar tal prática. Ela não satisfaz o primeiro critério, que é capital. O argumento da “competência do legislador” para determinar a pena só faz deslocar o problema do fundamento. Para percebê-lo, basta imaginar a seguinte pergunta feita ao legislador: “Por que motivo você criou essa pena mínima?” A resposta “porque isso é da minha competência” não é nem suficiente nem satisfatória como *fundamento*. De fato, se o legislador instaurasse uma prática que consistisse em criar várias leis racistas, o fato de ter uma “competência para criar leis” não bastaria para

fundar essa prática. Ele precisa apresentar os motivos por trás das suas decisões específicas. De fato, a teoria justifica exclusivamente a ingerência do sistema político (legislador) numa atribuição central do Direito (juiz). Ela autoriza o legislador a retirar o poder discricionário do juiz de reduzir o *quantum* das penas e de escolher outras menos severas, mas ela não fornece as razões para fazê-lo. O *fundamento* da pena mínima depende ainda da credibilidade das teorias da pena que a sustentam.

Apesar dessa dificuldade central, existem razões para ver nessa teoria uma contribuição para os fundamentos da pena única, bipartida e mínima.

Lembremos que essa teoria não cria a separação dos poderes⁶¹: ela simplesmente atribui papéis e tarefas no interior dessa separação (fática) dos poderes. Ela diz, por exemplo, “x cabe ao poder executivo”, “y ao poder legislativo” e “z ao poder judiciário”. Ela proíbe também que os indivíduos ocupem dois papéis simultaneamente, por exemplo, ser deputado e juiz ao mesmo tempo. Mas, essa teoria, em matéria criminal, não se limita a atribuir ao legislador uma competência para fazer leis, nem mesmo exclusivamente uma competência para limitar o poder dos tribunais de punir de modo mais severo. Ela autoriza o legislativo a subtrair integralmente (ou a limitar) o poder discricionário dos juízes para selecionar sanções menos restritivas e/ou quantidades menos pesadas. A teoria autoriza o sistema político a intervir radicalmente no campo central das prerrogativas do judiciário e, o que é mais importante ainda, a opor-se à redução do poder de moderação e de proteção jurídica do tribunal.

Ora, é forçoso reconhecer que, *sem essa teoria*, o poder legislativo não teria podido se autorizar a criar penas únicas, bipartidas e mínimas. O poder judiciário, utilizando as teorias da pena no campo de suas prerrogativas, poderia tê-lo feito, mas não o sistema político. A implicação prática dessa teoria da separação dos poderes é que ela funda, para o sistema político, uma possibilidade de ingerência radical na sentença do Direito para reduzir sua capacidade de moderação e de proteção jurídica dos direitos.

Então, é graças a essa teoria caduca da separação dos poderes que esse tipo específico de intervenção política que cria penas únicas, bipartidas e mínimas se transforma numa “expressão da democracia”, e não do “autoritarismo”. Logo, essa teoria é *capital* para *fundar e legitimar* essa forma “invasiva” de intervenção

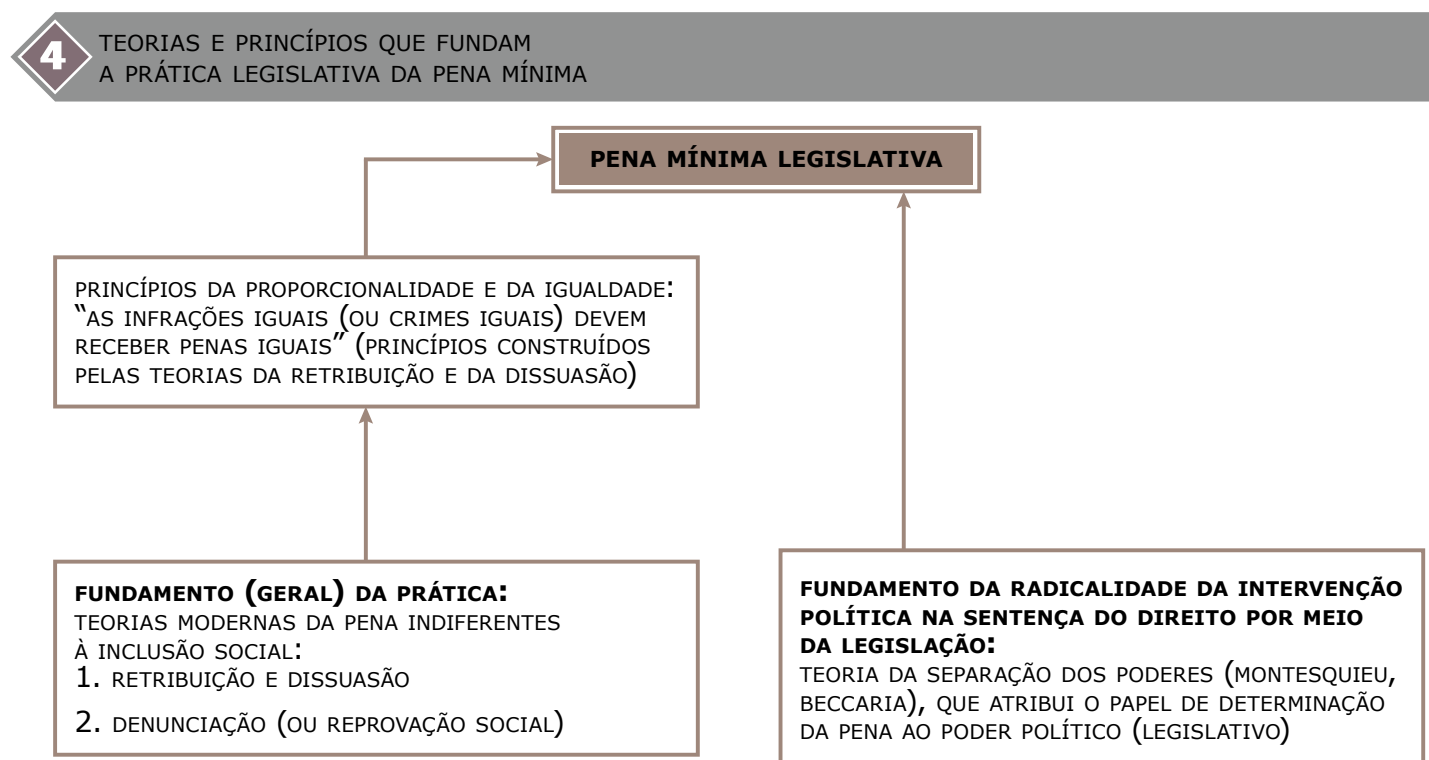
legislativa na sentença do Direito. Ela dá um “valor de legitimação forte” àquilo que corre um grande risco de ser observado como uma ingerência autoritária e antidemocrática. Quando empregamos a distinção *democracia/autoritarismo* para observar uma prática social, essa teoria nos leva a escolher a face “democracia” para situar uma prática que, de outra forma, correria grande risco de ser vista como autoritária⁶². Sem essa teoria, poderíamos aceitar outras práticas não legislativas de pena mínima (na jurisprudência, por exemplo), mas não a prática legislativa.

Como conciliar então nossas duas observações? Essa teoria da separação de poderes seria um fundamento ou um simples fato justificativo? Diremos que, para o sistema político, essa teoria da separação dos poderes é, sob certos aspectos, um simples “fato justificativo” (ou uma justificativa acessória) e, sob outros aspectos, um “fundamento”, isto é, um *embasamento teórico fundamental*. Com relação às penas únicas, bipartidas e mínimas em si mesmas, a teoria permanece um *fato justificativo* (acessório): essas práticas, mesmo implantadas pelo legislativo, precisam das teorias da pena para sustentá-las. Todavia, com relação à força ou radicalidade da intervenção política nos assuntos do Direito, essa teoria é um *fundamento*: ela dá a razão de ser e o ponto de apoio do nosso assentimento à radicalidade que a intervenção política adota. Em suma, essa teoria funda menos a pena mínima, bipartida e única que a radicalidade da intervenção política, pela legislação na sentença do *direito*, para impedi-lo de desempenhar seu papel. Ela funda o recurso ao médium “legislação” e a “radicalidade” dessa intervenção.

Essa radicalidade se caracteriza aqui por um conjunto de elementos estreitamente ligados uns aos outros: o sistema político *entra* no campo das prerrogativas centrais do Direito (criminal) para limitar o uso de sanções menos draconianas e para cortar ou reduzir (com ou sem exceção) a capacidade desse sistema (Direito) de controlar a radicalidade das exclusões sociais realizadas pelo sistema político em relação às pessoas que se tornaram então “corpos”⁶³. Para dar uma ideia mais precisa, tudo acontece como se quiséssemos justificar um “esporte extremo”: uma teoria é necessária para fundar o esporte e outra para fundar a dimensão “extrema”. As teorias da pena fundam o “esporte” (as penas mínimas, únicas e bipartidas em si mesmas); a teoria da separação dos poderes do século XVIII funda tudo que é “extremo”, isto é, a eliminação absoluta do

campo de discricção dos tribunais em matéria de pena, a redução desse campo a alternativas quase equivalentes umas às outras (morte/prisão perpétua; perpetuidade/25 anos) ou a redução desse campo por meio das penas mínimas de todo tipo. Elas diminuem, assim, a capacidade dos tribunais de decidir em favor da proteção dos direitos dos indivíduos condenados pela redução do *quantum* da pena e/ou pela escolha de uma pena menos restritiva. É o poder de expressão moderador do Direito que é curto-circuitado ou censurado.

O quadro a seguir resume nossa reflexão a respeito dessa difícil questão dos fundamentos dessas práticas na sociedade-mundo desde o final do século XVIII.



10. A título de conclusão, é interessante retomar aqui, resumindo-a, uma reflexão feita pelo jurista francês George Vidal⁶⁴. Ele propõe uma nova concepção da separação de poderes e da legalidade do crime e da pena. No contexto dessa reflexão, ele acentua a diferença fundamental entre uma pena *mínima* e uma pena *máxima*. Seu ponto de partida é que o princípio da legalidade não deveria ser abandonado. Sobre isso, ele escreve: “Seria, de fato, muito perigoso para a liberdade civil e a segurança individual abandonar o caráter de legalidade do Direito Penal”⁶⁵. Contudo, para poder justamente assegurar a proteção dessa liberdade civil, o legislador (sistema político) não

pode nem promulgar penas mínimas nem legislar sobre as circunstâncias atenuantes (para restringi-las). É como se essas duas atividades não se inscrevessem entre as suas tarefas. Não obstante, o legislador pode e deve, segundo ele, legislar (i) sobre os elementos constitutivos da infração, (ii) sobre as penas máximas aplicáveis e (iii) sobre as circunstâncias agravantes. Essas três práticas legislativas não intervêm no campo das prerrogativas centrais do sistema de Direito porque não afetam as prestações de proteção que o sistema de Direito deve garantir. Ao contrário, se essas práticas forem construídas com cuidado, elas podem ajudar o sistema de Direito a desenvolver seu próprio quadro protetor operacional.

NOTAS

1 Agradecemos a três organismos financiadores: o Conselho de Pesquisa em Ciências Humanas do Canadá, o Projeto “Pensando o Direito” (Ministério da Justiça do Brasil e PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). As ideias expressas aqui não representam o ponto de vista dessas organizações. Agradecemos muito especialmente nossos dois assistentes de pesquisa, Carolina Cutrupi Ferreira e Pedro Mesquita Schaffa. E, enfim, agradecemos aos comentários extremamente úteis dos pareceristas anônimos que avaliaram este artigo. Este texto foi publicado originalmente em francês na revista *Criminologie*, volume 43, 2010, nº 2, p. 89-126. A tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto foi financiada pela FGV Direito SP, instituição à qual também dirigimos nossos mais sinceros agradecimentos. A tradução ao português foi publicada na revista *Novos Estudos Jurídicos*, volume 21, 2016, nº 3, p. 1042-1083.

2 O termo “jurisdição”, mais do que o termo “país”, foi adotado aqui por duas razões principais. A primeira é que ele é muito mais maleável e preciso que o termo “país”. Por exemplo, nos Estados Unidos, no interior do próprio país, há várias jurisdições de Direito Criminal: há uma jurisdição federal e cada Estado tem seu próprio programa legislativo de Direito Criminal. O termo *país* é, então, impreciso. A segunda razão é que a Sociologia tem renovado sua aparelhagem conceitual para dar conta da sociedade-mundo e para abandonar o que Beck denomina “nacionalismo metodológico”. Isso, obviamente, não impede que levemos em conta as especificidades regionais. Cf. BECK, U. & WILLMS, J. *Conversations with Ulrich Beck*. Cambridge: Polity Press, 2004, p. 13.

3 O SISPENAS é um *software* das normas de comportamento e de sanção na legislação brasileira em vigor. O programa e o banco de dados foram desenvolvidos pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Para mais detalhes sobre esse programa, ver: MACHADO, M. R. de A., M.; ROCHA MACHADO, M. & ANDRADE, F. K. de. *Sispenas: sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativas à prisão. Série Pensando o Direito: Penas Alternativas*, nº 6, 2009.

4 Este modelo aparece também em um projeto de Código Penal no Brasil em 1969.

5 COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE. *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1987.

6 GABOR, T. & CRUTCHER, N. “Les effets des peines minimales obligatoires sur la criminalité, la disparité des peines et les dépenses du système judiciaire.” Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2002, p. 1.

7 RAAFLAUB, W. R. *Les peines minimales obligatoires*. Service d’information et de recherche parlementaires. Canada: Bibliothèque du Parlement, PRB 05-53F, 2006. Nos Estados Unidos, a jurisdição federal parece ter percorrido uma trajetória regressiva semelhante. Brinkley indica que “o maior aumento no uso federal dessa penas produziu-se num número relativamente pequeno de dispositivos, tendo sua grande maioria sido instituída após 1984”; BRINKLEY, L. V. “Preface”. In: _____ (Ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background*. New York: Novinka Books, 2003, p. VII.

8 Por exemplo, o artigo 320 conserva o modelo da pena única (pena de morte) para o homicídio doloso, o parricídio, o infanticídio e o envenenamento.

9 Este conceito é de Michel Foucault, cf. FOUCAULT, M. “La poussière et le nuage”. In: _____. *Dits et écrits 1954-1988 (10-19)*. Paris: Éditions Gallimard, 1994, p. 30.

10 Em relação a este ponto, Tonry é categórico: “penas mínimas não funcionam”; TONRY, M. “Mandatory Penalties”. In: _____ (ed.). *Crime and Justice: A Review of Research*. vol. 16. Chicago: University of Chicago Press, 1992, p. 243. Roberts constata também que “os estudos que se debruçaram sobre a incidência dessas leis [estabelecendo penas mínimas] [não] revelam qualquer efeito sobre as taxas de criminalidade”. Cf. ROBERTS, J. *Peines d’emprisonnement obligatoires dans les pays de common law: quelques modèles représentatifs*. Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2005, p. 2. Ver também: DOOB, A. N. & CESARONI, C. “The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences”. In: *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 39 (nos 2 & 3) 2001 e GABOR, T. & CRUTCHER, N. *Les effets des peines minimales obligatoires sur la criminalité, la disparité des peines et les dépenses du système judiciaire*. Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2002. Sobre o problema mais geral da crença na efetividade da severidade, ver: DOOB, A. N. & WEBSTER, C. M. “Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis”. In: *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 30, 2003.

11 Estes modelos podem ser observados também em: DOYLE, C. “Federal Mandatory Minimum Sentencing Statutes: A List of Citations with Captions, Introductory Comments, and Bibliography”. In: BRINKLEY, L. V (ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background (1-31)*. New York: Novinka Books, 2003c, p. 49-51.

12 Em inglês: *single sentence statute, flat sentencing or flat punishment*.

13 Em inglês: *minimum sentencing or minimum punishment*. Também faz-se referência a elas por meio da expressão *not-less-than category*. Na França, utiliza-se frequentemente a expressão “pena chão” (*peine plancher*).

14 GABOR, T. & CRUTCHER, N. “Les effets des peines minimales obligatoires sur la criminalité, la disparité des peines et les dépenses du système judiciaire”. Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2002, p. 1.

15 BRINKLEY, L. V. “Preface”. In: _____ (Ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background*. New York: Novinka Books, 2003, p. 7.

16 COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE. “Réformer la sentence: une approche canadienne”. Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 193.

17 *Ibid idem*, p. 194, texto e tabela 8.1.

18 *Ibid idem*, p. 193.

19 FOUCAULT, M. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard, 1975; LASCOUMES, P.; PONCELA, P. & LENOËL, P. *Au nom de l'ordre: une histoire politique du code pénal*. Paris: Hachette, 1989.

20 ELIAS, N. *Du temps*. Paris: Fayard, 1997.

21 BECCARIA, C. *Des délits et des peines*. Genève: Librairie Droz, 1965.

22 COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA. “Imprisonment and Release. Working Paper 11”. In: COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA (Ed.). *Studies on imprisonment (1-46)*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1976, p. 26.

23 É nossa tradução, pois essa passagem é mais clara na versão em inglês do relatório: “[...] it is difficult to see why there should be a minimum time to be served in complete custody.” (p. 24).

24 Ver, por exemplo, o estudo de Crutcher sobre as penas mínimas de prisão no Canadá a partir do Código criminal de 1892. CRUTCHER, N. “The Legislative History of Mandatory Minimum Penalties of Imprisonment in Canada”. In: *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 39 (nos 2 & 3), 2001.

25 Ver, por exemplo, o caso R. C. Wu, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530.

26 Cf. DOYLE, C. “Federal Mandatory Minimum Sentencing Statutes: An Overview of Legislation”. In: BRINKLEY, L. V (ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background* (1-31). New York: Novinka Books, 2003a; ROBERTS, J. *Peines d’emprisonnement obligatoires dans les pays de common law: quelques modèles représentatifs*. Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2005.

27 ROBERTS, J. *Peines d’emprisonnement obligatoires dans les pays de common law: quelques modèles représentatifs*. Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2005, p. 9.

28 Cf. DOYLE, C. “Federal Mandatory Minimum Sentencing Statutes: A List of Citations with Captions, Introductory Comments, and Bibliography”. In: BRINKLEY, L. V (ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background* (1-31). New York: Novinka Books, 2003c, p. 34. Doyle exprime essa ideia do seguinte modo: “*A few are somewhat less mandatory than others*” (*Ibid idem*, p. 34; grifo nosso). Essa formulação nos parece inadequada. Mas, ele também utiliza a distinção “*with/without a safety valve*”. Esta última formulação nos parece plenamente aceitável.

29 ROBERTS, J. *Peines d’emprisonnement obligatoires dans les pays de common law: quelques modèles représentatifs*. Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2005, p. 14-15.

30 DOYLE, C. “Federal Mandatory Minimum Sentencing Statutes: An Overview of Legislation”. In: BRINKLEY, L. V (ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background* (1-31). New York: Novinka Books, 2003a.

31 CAVANAGH, S. & TEASELY, D. “Mandatory Minimum Sentencing for Federal Crimes: Overview and Analysis”. In: BRINKLEY, L. V (ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background* (1-31). New York: Novinka Books, 2003, p. 7-19.

32 *Ibid idem*, p. 7.

33 Cf. SCHUTZ, A. & LUCKMANN, T. *The Structures of the Life-World*. Evanston: Northwestern University Press, 1973, cap. 3.

34 LALANDE, A. “Fondement”. In: _____. (Ed.). *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie* (366-367). Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

35 BOISSE, L. “Commentaire critique au mot fondement”. In: LALANDE, A. (Ed.). *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* (366-367). Paris: Presses Universitaires de France.

36 Cf. LALANDE, A. “Fondement”. In: _____ (Ed.). *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie* (366-367). Paris: Presses Universitaires de France, 1968. p. 364; grifo nosso.

37 *Ibid idem*, p. 364; grifo nosso.

38 Cf. BOISSE, L. “Commentaire critique au mot fondement”. In: LALANDE, A. (Ed.). *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* (366-367). Paris: Presses Universitaires de France.

39 Cf. DURKHEIM, É. *Éducation et sociologie*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006, cap. 2.

40 HUSSERL, E. *La phénoménologie de l'attention: textes issus du fonds posthume*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2009, p. 104.

41 *Ibid idem*, p. 108. Para sermos mais precisos, digamos, tomando emprestada a linguagem de Husserl, que o fundamento, mesmo quando é apreendido por uma “visão dita geral”, não está mais presente como “visão especial”. Cf. *Ibidem*.

42 Cf. *Ibid idem*, p. 104.

43 Cf. LALANDE, A. “Fondement”. In: _____ (Ed.). *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie* (366-367). Paris: Presses Universitaires de France, 1968, p. 364; grifos nossos.

44 Referimo-nos aqui à versão de Beccaria e Bentham, que se tornou a versão dominante depois da segunda metade do século XVIII. Essa versão opõe-se àquela pré-moderna da “doutrina da severidade máxima”, que não desapareceu inteiramente. Ver: RADZINOWICZ, L. *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*. Vol. 1. The Movement for Reform. London: Stevens & Son Limited, 1948; PIRES, A. P. “La doctrine de la sévérité maximale au Siècle des Lumières”. In: DEBUYST, C.; DIGNEFFE, F. & PIRES, A. P. (eds.). *Les savoirs sur le crime et la peine: la rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. vol. 2. Bruxelles: De Boeck Université, 1998.

45 Comparar com as observações de Schütz e Luckmann em: SCHÜTZ, A. & LUCKMANN, T. *The Structures of the Life-World*. Vol. II. Evanston: Northwestern University Press, 1983, p. 57 e ss.

46 Citado em: DOOB, A. N. & CESARONI, C. “The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences”. In: *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 39 (nos 2 & 3), 2001, p. 289.

47 Esse exemplo é dado, entre outros, por Doob e Cesaroni em: DOOB, A. N. & CESARONI, C. “The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences”. In: *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 39 (nos 2 & 3), 2001, p. 287-293, p. 294-295.

48 É verdade que, no que tange à teoria da dissuasão, Beccaria e Bentham se sentiriam ofendidos. Mas, a versão pré-moderna dessa teoria (doutrina da severidade máxima) pode se aplicar.

49 Ver: LACHAMBRE, S. “L’émergence et l’institutionnalisation de la théorie de la dénon- ciation en droit criminel”. Thèse (Doctorat Criminologie). Département de criminologie, Université d’Ottawa (document provisoire), 2011.

50 Não podemos discutir isso em detalhes, mas a teoria selecionada, por exemplo, não é a que foi proposta pela Comissão de Reforma do Direito do Canadá. Ver: COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA. “Imprisonment and Release. Working Paper 11”. In: COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA (Ed.). *Studies on imprisonment (1-46)*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1976. Esta última (que tem o mesmo nome) não autorizava penas mínimas legislativas. A teoria da Comissão dirigia-se exclusivamente ao tribunal. Além do mais, ela não autorizava penas superiores a 3 anos de prisão com a única finalidade de denunciar um comportamento.

51 A doutrina utiliza, sobretudo, as denominações “teoria da reprovação social” ou “da prevenção geral positiva”.

52 TARDE, G. “Préface”. In: SALEILLES, R. (ed.). *L’individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1927 (xi-xvi).

53 MONTESQUIEU. *De l’esprit des lois*. Paris: Garnier, 1973.

54 BECCARIA, C. *Des délits et des peines*. Genève: Librairie Droz, 1965.

55 BECCARIA, em *op. Cit.*, §III, p. 10, parece autorizar o juiz a reduzir a pena, mas não a aumentá-la, enquanto Montesquieu adota uma posição mais inflexível: nem mais nem menos.

56 DOYLE, C. “Federal Mandatory Minimum Sentencing Statutes: An Overview of Legislation”. In: BRINKLEY, L. V (ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background* (1-31). New York: Novinka Books, 2003a, p. 69.

57 MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Garnier, 1973, LXI, cap. VI, p. 176; grifo nosso.

58 Esse autor, no seu excelente trabalho sobre a jurisprudência, cita também o trecho de Montesquieu reproduzido anteriormente. Cf. ZENATI, F. *La jurisprudence*. Paris: Dalloz, col. *Méthodes du Droit*, p. 46, nº 1.

59 *Ibid idem*, p. 46.

60 Mais uma vez, beneficiamo-nos aqui das reflexões feitas por ZENATI, F., *Ibid idem*, p. 46.

61 Ver: *Ibid idem* cap. 2.

62 O título do capítulo de ZENATI, F., *op. Cit.*, referente a essa teoria é: “A era do autoritário”.

63 A distinção pessoa/corpo ou pessoa/indivíduo é utilizada por Luhmann. Ver: LUHMANN, N. “Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?” In: *International Review of Sociology*, nº 7, vol. 1, 1997.

64 VIDAL, G. *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*. Paris: Félix Alcan, 1928.

65 Cf. *Ibid idem*, p. 1047.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : BECCARIA, C. *Des délits et des peines*. Genève: Librairie Droz, 1965.
- : BECK, U.; WILLMS, J. *Conversations with Ulrich Beck*. Cambridge: Polity Press, 2004.
- : BOISSE, L. “Commentaire critique au mot fondement”. In: LALANDE, A. (Ed.). *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie (366-367)*. Paris: Presses Universitaires de France.
- : BRINKLEY, L. V. “Preface”. In: _____ (Ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background*. New York: Novinka Books, 2003.
- : CAVANAGH, S. & TEASELY, D. “Mandatory Minimum Sentencing for Federal Crimes: Overview and Analysis”. In: BRINKLEY, L. V (ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background (1-31)*. New York: Novinka Books, 2003.
- : COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE. “Réformer la sentence: une approche canadienne”. Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987.
- : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA. “Imprisonment and Release. Working Paper 11”. In: COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA (Ed.). *Studies on imprisonment (1-46)*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1976.
- : CRUTCHER, N. “The Legislative History of Mandatory Minimum Penalties of Imprisonment in Canada”. In: *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 39 (n^{os} 2 & 3), 2001, p. 273-285.
- : DOOB, A. N. & CESARONI, C. “The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences”. In: *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 39 (n^{os} 2 & 3), 2001, p. 287-304.
- : _____; WEBSTER, C. M. “Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis”. In: *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 30, 2003, p. 143-195.
- : DOYLE, C. “Federal Mandatory Minimum Sentencing Statutes: An Overview of Legislation”. In: BRINKLEY, L. V (ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background (1-31)*. New York: Novinka Books, 2003a.

- : _____. “Mandatory Minimum Sentences: Three Strikes in the Supreme Court – Ewing v. California and Lockyer v. Andrade”. In: BRINKLEY, L. V (ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background* (1-31). New York: Novinka Books, 2003b.
- : _____. “Federal Mandatory Minimum Sentencing Statutes: A List of Citations with Captions, Introductory Comments, and Bibliography”. In: BRINKLEY, L. V (ed.). *Mandatory Minimum Sentencing: Overview and Background* (1-31). New York: Novinka Books, 2003c.
- : DUMONT, H. “Désarmons les Canadiens et armons-nous de tolérance: Bannir les armes à feu, bannir les peines minimales dans le contrôle de la criminalité violente, procès sur une contradiction apparente”. In: *Criminal Law Review*, 2 (43), 1997.
- : DURKHEIM, É. *Éducation et sociologie*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.
- : ELIAS, N. *Du temps*. Paris: Fayard, 1997.
- : FOUCAULT, M. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard, 1975.
- : _____. “La poussière et le nuage”. In: _____. *Dits et écrits 1954-1988* (10-19). Paris: Éditions Gallimard, 1994.
- : GABOR, T. & CRUTCHER, N. “Les effets des peines minimales obligatoires sur la criminalité, la disparité des peines et les dépenses du système judiciaire”. Ottawa: Ministère de la Justice du Canada, 2002.
- : HUSSERL, E. *La phénoménologie de l’attention: textes issus du fonds posthume*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2009.
- : LACHAMBRE, S. L’émergence et l’institutionnalisation de la théorie de la dénon- ciation en droit criminel. Thèse (Doctorat Criminologie). Département de criminologie, Université d’Ottawa (document provisoire), 2011.
- : LALANDE, A. “Fondement”. In: _____ (Ed.). *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* (366-367). Paris: Presses Universitaires de France, 1968.
- : LASCOUMES, P.; PONCELA, P. & LENOËL, P. *Au nom de l’ordre: une histoire politique du code pénal*. Paris: Hachette, 1989.

- : LUHMANN, N. “Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?”
In: *International Review of Sociology*, nº 7, vol. 1, 1997, p. 67-80.
- : MACHADO, M. R. de A.; MACHADO, M. R. & ANDRADE, F. K. de. *Sispenas: sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativas à prisão. Série Pensando o Direito: Penas Alternativas*, nº 6, 2009.
- : MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Garnier, 1973.
- : PIRES, A. P. “La doctrine de la sévérité maximale au Siècle des Lumières”. In: DEBUYST, C.; DIGNEFFE, F. & PIRES, A. P. (eds.). *Les savoirs sur le crime et la peine: la rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. vol. 2. Bruxelles: De Boeck Université, 1998, p. 53-82.
- : _____ & GARCIA, M. “Les relations entre les idées: droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort”. In: CARTUYVELS, Y.; DUMONT, H.; OST, F.; VAN DE KERCHOVE, M. & VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.). *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles: Bruylant et Facultés universitaires Saint Louis, 2007, p. 291-336.
- : RADZINOWICZ, L. *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750. Vol 1: The Movement for Reform*. London: Stevens & Son Limited, 1948.
- : RAAFLAUB, W. R. *Les peines minimales obligatoires: Service d'information et de recherche parlementaires*. Canada: Bibliothèque du Parlement, PRB 05-53F, 2006.
- : ROBERTS, J. *Peines d'emprisonnement obligatoires dans les pays de common law: quelques modèles représentatifs*. Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2005.
- : SCHUTZ, A. & LUCKMANN, T. *The Structures of the Life-World*. Evanston: Northwestern University Press, 1973.
- : _____. *The Structures of the Life-World*. Vol. II. Evanston: Northwestern University Press, 1983.
- : TARDE, G. “Préface”. In: SALEILLES, R. (ed.). *L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1927 (xi-xvi).
- : TONRY, M. “Mandatory Penalties”. In: _____ (ed.). *Crime and Justice: A Review of Research*. vol. 16. Chicago: University of Chicago Press, 1992, p. 243.

PREFÁCIO

: VIDAL, G. *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*. Paris: Félix Alcan, 1928.

: ZENATI, F. *La jurisprudence*. Paris: Dalloz, col. *Méthodes du Droit*.

PARTE 3

**QUESTÕES ATUAIS E DESAFIOS
AO DIREITO PENAL**

A CHAMADA “CRISE FINANCEIRA”: FALHA SISTÊMICA OU CRIMINALIDADE GLOBALMENTE ORGANIZADA?¹

Bernd Schünemann

Tradução do Alemão: Luís Greco

PANORAMA DO PROBLEMA

A economia mundial globalizada sofre desde 2007 o abalo de uma crise financeira, cujas dimensões podem ser comparadas ao *crash* mundial de 1929. O estopim da crise foram as gigantescas especulações com empréstimos hipotecários americanos de pouco valor. O volume total desses empréstimos alcançou, apenas nos anos de 2005 e 2006, a cifra de US\$ 1,2 bi.²

Segundo as declarações de vários representantes de bancos, a razão pela qual a má qualidade desses títulos não fora reconhecida antes advém do fato de eles terem sido transformados em novos meios de financiamento e, com isso, multiplicaram-se até que os representantes (pelo menos segundo comumente alegam) não mais soubessem exatamente a composição dos investimentos agora por eles realizados. Como remédio para todos os males da crise financeira, os países industrializados injetaram nos bancos públicos e privados novos capitais, oferecendo liquidez e garantias no montante de US\$ 1 bi até US\$ 2 bi, o que, perante os contribuintes – que terão em algum momento de arcar com esses valores –, é justificado aludindo-se à suposta necessidade de garantir a circulação de dinheiro e, com isso, em última análise, o próprio mercado financeiro mundial.

Uma vez que outras crises globais ou regionais já começam a dar sinais de vida (por exemplo, sob a forma do apenas parcialmente recuperável endividamento de orçamentos privados americanos por meio de créditos de cartões de crédito não assegurados, créditos esses que, de maneira similar aos créditos hipotecários, são transformados em novos meios de financiamento e postos em circulação mundial; ou, fazendo referência à Alemanha, sob a forma do chamado *Cross Border Leasing*, praticado pelas cidades [*Städte*] e municípios [*Gemeinde*], com enormes riscos financeiros, que, em breve, podem vir a se realizar), deve-se contar com crises similares no futuro.

A maior severidade nas auditorias financeiras proclamada pelos governos em nada modificará os riscos já criados no passado, devendo mostrar-se pouco eficiente também no que diz respeito a riscos futuros, uma vez que o controle alemão sobre instituições de crédito, já praticado há tempos, não conseguiu evitar a prática de negócios especulativos e a assunção de riscos não cobertos por capital próprio, nem mesmo nos bancos dos *Länder* (estados federados), pertencentes ao Estado.

Em razão dessa situação, em todos os aspectos desastrosa para a economia financeira global, coloca-se a questão quanto a se a atual crise pode ser desde já submetida ao Direito Penal ou, noutras palavras, se o Direito Penal é um meio idôneo para evitar ou, ao menos, para abrandar similares ocorrências no futuro. Tal indagação é, sem dúvida, o mais complexo questionamento já dirigido ao Direito Penal Econômico, de modo que, em uma conferência como essa, só se poderá adiantar um esboço das linhas-mestras da questão e dos possíveis caminhos para uma solução:

1) Primeiramente, deve-se discutir se crises globais de tais dimensões são passíveis de qualquer controle por meio do Direito Penal. O tratamento da crise pela mídia dá predominantemente a impressão de que se trata de uma ocorrência quase que natural, inacessível a qualquer tentativa de controle, similar a uma catástrofe gerada por forças da natureza. Essa visão é claramente errônea e mais parece ser o produto de uma sutil política midiática praticada pelos responsáveis pela crise e pelos detentores do poder. Afinal, tanto a produção dos meios de financiamento que ocasionaram a crise global como sua aquisição altamente especulativa e o permanente inchaço dos gigantescos volumes de negócios podem ser reconduzidos a decisões bem concretas de pessoas individuais, sendo, assim, passíveis de análise e controle minucioso, do início ao fim. Resta saber, então e apenas, por meio de quais mecanismos;

2) Outro argumento difundido com bastante sucesso na imprensa diz que até os próprios agentes foram surpreendidos com as consequências, porque não avaliaram corretamente a situação. Se esse argumento for fundamentado na afirmativa de que eles não tinham reconhecido as estruturas de risco inerentes aos meios de financiamento adquiridos, a argumentação reduz-se a si mesma *ad absurdum* no plano da imputação objetiva. Afinal, é óbvio que

ninguém, na condição de representante de um banco que disponha de valores patrimoniais que não lhe pertencem, tem o Direito de realizar disposições cujas consequências não estejam em condições de avaliar. Nesse caso, poder-se-ia, no máximo, excluir o dolo;

3) A seguir, coloca-se a pergunta quanto a se existem ou podem existir tipos penais adequados, por meio dos quais: a) numa perspectiva técnico-jurídica; ou b) numa perspectiva de legitimidade, possa-se abarcar jurídico-penalmente, já hoje ou no futuro, o comportamento dos representantes dos bancos que, por causa de sua prática global de gigantescas dimensões, levou à catástrofe.

a) o objeto dessa conferência será principalmente a exposição e análise do tipo alemão da infidelidade patrimonial (*Untreue*) (§ 266 StGB) e, com elas, a indagação acerca de se esse dispositivo é suficiente para abarcar jurídico-penalmente as mencionadas ações lesivas;

b) não é de modo algum accidental que, especialmente em conferências organizadas na Alemanha por bancos e por entidades ligadas à economia financeira, questione-se a própria legitimidade do delito alemão de infidelidade patrimonial e que se encontre um suficiente número de penalistas dispostos a apresentar conferências nesse sentido. Ainda assim, essa crítica acerca da ilegitimidade tem de ser levada a sério, o que será feito no curso da presente conferência, agora adaptada para o formato de artigo.

UMA EXPLANAÇÃO SOBRE OS FATOS

Não sei ao certo em que medida os gerentes de bancos brasileiros adquiriram títulos de crédito americanos sem valor, lesionando o patrimônio dos bancos por eles representados ou mesmo levando esses bancos à ruína financeira. Na Alemanha, pode ler-se pouco a respeito. Ali tive a impressão de que o problema ocorreu especialmente com bancos americanos e europeus. Por isso quero, uma vez mais, recapitular brevemente o caso em questão.³

O pano de fundo dos eventos foi a ideia de *securitization*, concebida pelo banqueiro americano Lewis Ranieri. Os empréstimos concedidos pelos bancos aos proprietários de imóveis, assegurados por hipotecas sobre esses imóveis, eram cedidos a uma chamada *Single Purpose Corporation*, que reunia os inúmeros empréstimos e emitia, a partir deles, títulos de crédito, os chamados

Asset-backed Securities ou *Mortgage-backed Securities* (ABS ou MBS), uma espécie de título de crédito garantido por uma dívida (*Collateralized Debt Obligations*, ou CDO).

Esses títulos foram emitidos em grande quantidade e negociados internacionalmente, chegando a um montante avaliado no ano de 2007 de até US\$ 4 tri. A sociedade *Single Purpose* que emitia os papéis não assumia responsabilidade pelos títulos por ela emitidos e alienados, de modo que os juros e o pagamento do valor dos títulos dependiam apenas da disponibilidade e capacidade de pagamento dos proprietários de imóveis. Estes, porém, não tinham endereço certo como uma empresa com reputação, mas eram particulares, sobre cuja solvência inexistiam dados seguros, de modo que os empréstimos hipotecários eram também chamados de *subprime mortgages*, empréstimos “não de primeira classe”.

A origem da concessão desses empréstimos foi a reforma introduzida pelo governo Clinton no *Community Reinvestment Act*, que obrigava os bancos a conceder créditos também a clientes sem maior credibilidade (sem capital próprio e sem renda) que quisessem adquirir uma casa **própria**⁴. Uma vez que tal modelo de negócio gerava permanentemente uma enorme liquidez para os bancos que concediam as primeiras hipotecas, produziu-se uma crescente procura pela concessão desses créditos.

Isso ainda fomentado pela política do antigo diretor do Banco Central americano, Alan Greenspan, que pretendeu resolver na pura aparência toda a crise na economia americana, especialmente a crise no sistema bancário, elevando num salto o volume de dinheiro e, na prática, disponibilizando aos bancos recursos monetários, quaisquer que fossem as quantias. Esse dinheiro provocava, naturalmente, uma enorme procura por objetos de investimento, o que levou a que mais e mais se concedessem os chamados créditos “ninja”, nos quais os cessionários se encontram em uma situação *no income, no job and no assets*, ou seja, não tinham nem renda, nem emprego nem quaisquer outros valores patrimoniais.

Em vários Estados Federados americanos, a responsabilização dos particulares sequer estendia-se a seu restante patrimônio, restringindo-se apenas ao imóvel. Esse modelo de negócio acabou por gerar, de modo planejado ou, ao menos previsível, um efeito de “bola de neve”, provocando uma alta nos

preços de imóveis nos EUA, o que permitia uma suposição inicial de que o (impossível) pagamento do empréstimo e dos juros pelo cessionário do crédito poderia vir a ser feito posteriormente mediante a venda do imóvel por um preço bem superior (valorizado).

As cláusulas contratuais estão contidas em detalhes em documentos de 300 a 400 páginas, que, em geral, não foram lidas pelos adquirentes dos títulos de crédito. Esses contratos, porém, concediam à *Single Purpose Corporation* o Direito de substituir os empréstimos incorporados num título de crédito por outros, o que conduziu a que, pouco a pouco, os empréstimos mais valiosos fossem retirados do feixe e substituídos por outros menos valiosos. Os Direitos garantidos por esses papéis foram frequentemente securizados, o que levou a uma cascata de chamadas *Collateralized Debts Obligations* (CDO), acompanhada de uma correspondente cascata de papéis constituídos por negócios assecuratórios, os chamados *Credit Default Swaps* (CDS), que alcançaram, em 2008, um volume total de US\$ 60 tri, mais do que o Produto Interno Bruto do mundo inteiro.

As agências americanas de *rating*, que até então tinham se limitado a avaliar sociedades por ações, davam ótimas *ratings* para esses títulos de créditos, não raro o **triplo A**. Um grande número de bancos alemães comprou esses títulos em quantidades exorbitantes, por exemplo, o Banco Estatal da Baviera (*Bayerische Landesbank*) por € 30 bi, o Banco Estatal da Saxônia (*Sächsische Landesbank*) por € 20 bi e o Banco Estatal do Oeste Alemão (*Westdeutsche Landesbank*) por € 25 bi. Os títulos foram comprados a crédito, contendo apenas um refinanciamento no curto prazo e cujo uso dependia de que o mercado das *subprime mortgages* não sofresse qualquer perturbação. De uma perspectiva formal, os títulos não eram mantidos pelos bancos, mas sim pelas *single purpose corporations* por eles fundadas, que não tinham qualquer patrimônio além desses mesmos títulos. Por isso, os bancos tinham de se tornar fiadores das obrigações dessas sociedades.

Depois que a alta dos imóveis nos EUA entrou em colapso em junho de 2006, os preços dos imóveis começaram a cair⁵ e os proprietários de imóveis não conseguiam mais pagar os juros e as parcelas dos empréstimos. Também, o mercado das *mortgage-backed securities* entrou em colapso, o que tornou impossível vender tais títulos, que perderam praticamente todo seu valor.

Financiadores de imóveis, grandes bancos e seguradores quebraram em grande número nos EUA, com exceção do Lehman Brothers, que entrou em processo de insolvência, salvo da falência por fusões ou ajudas estatais. O efeito normal teria sido também a insolvência de vários bancos europeus e alemães, o que foi evitado pela República Federal da Alemanha por meio da disponibilização de mais de € 578 bi em financiamentos diretos e fianças para os bancos⁶; além disso, os bancos centrais dos EUA, da Europa e do Japão emprestaram mais € 1,5 tri às instituições bancárias.⁷

Nesse plano de ação, declarado como um plano de salvamento necessário e corajoso pelo governo e pela política, sob o apoio da mídia alemã majoritária, participaram, de certo modo de ambos os lados, membros dos governos, políticos de renome e funcionários públicos de ponta: de um lado, (1) porque o chamado *Kreditanstalt für Wiederaufbau* (KfW; “Instituição de Crédito para a Reconstrução”), pertencente, em grande parte, à Alemanha, e seu diretor ministerial, Jörg Asmussen, que liderou o plano de salvamento, tinham, ambos, contribuído de modo bastante ativo para viabilizar a aquisição desses meios de financiamento por investidores alemães⁸; (2) porque o banco industrial alemão AG IKB, cujo acionista majoritário é o *Kreditanstalt für Wiederaufbau*, pertencente ao Estado, realizou investimentos dessa espécie em valor superior a € 10 bi; e, finalmente, (3) porque dos comitês de crédito (*Kreditausschuss*) dos já mencionados bancos dos *Länder*, sempre partem os ministros de finanças do respectivo *Land*, sem cuja concordância os negócios não poderiam ter sido realizados.

Apesar de as assessorias de imprensa dos governos alemães e das instituições políticas terem conseguido deixar, até agora, a questão da responsabilidade do governo fora do debate, mais cedo ou mais tarde essa questão viria à tona. No presente artigo, não adentrarei nas extraordinariamente difíceis questões de Direito que essa situação coloca, porque a responsabilidade penal dos dirigentes dos bancos exigirá todo o meu esforço disponível.

PODE A PERSECUÇÃO PENAL DE PESSOAS INDIVIDUAIS SERVIR DE INSTRUMENTO PARA PROCESSAR UMA FALHA COLETIVA DO SISTEMA DE FINANÇAS?

Antes de me dedicar à análise dogmática quanto a se o comportamento dos

gerentes de bancos realiza tipos penais, tenho de falar brevemente da já mencionada objeção fundamental que é levantada na literatura contra qualquer investigação jurídico-penal. Por meio dessa objeção, que é formulada por numerosos autores pagos diretamente pelos bancos ou cujos interesses estão de alguma outra maneira vinculados aos dos bancos, alega-se que a procura de culpados não tem sentido, porque o comportamento errôneo tornou-se normal e manifestou-se em milhares de decisões sem que se pudesse ou se devesse apontar indivíduos específicos como principais responsáveis.⁹

Esse argumento é ainda mais débil aqui do que no caso de sua amplamente rechaçada utilização no caso dos crimes do nacional-socialismo. No caso do nacional-socialismo, o gigantesco complexo de crimes foi ao menos ordenado pelo Estado e executado com a ajuda de milhares de comandados voluntários¹⁰, enquanto que na situação da qual nos ocupamos hoje, trata-se apenas de condutas coincidentes de um grupo profissional que não foi coagido por ninguém, muito menos pelo Estado, para a prática de tais atos. O fato de que nos delitos do nacional-socialismo destruíram-se vidas, e que agora só se trate de dinheiro, não é uma diferença relevante no plano formal, no qual a argumentação é apresentada.

Tampouco se pode impedir a análise jurídico-penal em razão da suspeita de Lüderssen de que “os mecanismos autônomos dos sistemas econômicos” seriam os “protagonistas”, de modo que “os indivíduos que porventura se queira responsabilizar não passariam, a rigor, de (impuníveis) partícipes sem fato principal”¹¹. Lüderssen conclui, após uma profunda análise de filosofia do Direito Penal e da regulação, que tanto os “contextos empíricos e normativos jurídico-penalmente relevantes da gestão de riscos nos quais se moviam os virtuais autores e fatos”, como “os efeitos que, nos presentes casos, podem decorrer [...] de sanções [...] seriam de todo desconhecidos”, de modo que “a jurisprudência penal deve manter reserva”¹².

Isso leva, ao final, ao postulado de que não se pode querer corrigir ou mesmo impedir os efeitos coletivos e globais da crise financeira por meio de processos penais contra indivíduos¹³. Ao final, com tal argumento se ignora o que evidentemente se pode e também se deve esperar dos processos penais individuais. Nos processos penais não se trata, obviamente, de mecanismos sistêmicos ou globais, mas apenas de investigar se títulos de pequeno,

ou mesmo de nenhum valor, foram vendidos mediante a afirmação de que tinham valor, a pessoas de boa-fé (o que configuraria um estelionato),¹⁴ ou se o indivíduo dirigente do banco lesionou seu próprio banco com investimentos em títulos que sabia serem sem valor (o que configuraria um delito de infidelidade patrimonial).

Tais perguntas claramente delimitadas, legítimas e que têm, pelo menos desde a entrada em vigor do *Reichsstrafgesetzbuch* (1871), caráter inquestionavelmente penal, não perdem sua legitimidade só porque os fatos individuais foram cometidos em gigantescas proporções, provocando uma crise financeira global, nem muito menos porque os possíveis autores pertencem aos círculos das altas finanças.

Inexiste, portanto, qualquer razão séria para impedir *in limine* uma investigação jurídico-penal.

ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL POR MEIO DO TIPO ALEMÃO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL

O tipo penal central é o da lesão do banco, como mandante (*Geschäftsherr*), por seu mandatário (*Geschäftsführer*), obrigado a lhe tutelar o patrimônio (*Vermögensfürsorge*). Enquanto nem o *Common Law* nem os ordenamentos jurídico-penais dos países de língua latina, que seguem a tradição do Direito francês, conseguiram tipificar esse injusto de modo preciso, o tipo da infidelidade patrimonial encontra-se no *Strafgesetzbuch* alemão já desde 1871, e, numa versão melhorada, desde 1933¹⁵. Já o grande dogmático do Direito Penal, Binding, descreveu, há mais de 100 anos, com as seguintes memoráveis palavras, a indispensável tarefa desse tipo na moderna economia, caracterizada pela falta de identidade entre a titularidade do patrimônio e a competência por sua administração:

Em grande parte dos casos, quem pensa em ser desonesto está na afortunada situação de poder dispor do patrimônio alheio. Esse patrimônio encontra seu inimigo justamente na pessoa a quem ele é juridicamente subordinado, e contra essa pessoa necessita o titular do patrimônio de enérgica proteção. O instrumento específico dessa pessoa para lesionar o patrimônio

alheio é o abuso dos plenos poderes, que lhe são dados por lei ou pelo titular do patrimônio no interesse desse titular.¹⁶

A conclusão de que essa proteção necessária tem de ser concedida apenas pelo Direito Penal, de modo que este não seja, aqui, apenas *ultima ratio*, mas, sim, a *sola ratio*, deriva do fato de que todos os demais mecanismos de proteção fáticos ou do Direito Civil falham quando se dirigem àquelas pessoas que juridicamente têm acesso direto e permanente ao patrimônio de outrem.

O Direito Civil é aqui o próprio veículo do cometimento do fato, de maneira que é justamente a análise vitimodogmática¹⁷, que, em geral, opera em sentido restritivo da punibilidade, que fundamenta a legitimidade e a indispensabilidade da proteção jurídico-penal. A não apenas legítima, mas mesmo político-criminalmente indispensável tarefa do tipo de infidelidade patrimonial consiste, portanto, na proteção do titular do patrimônio contra um dano advindo de dentro, isto é, de uma pessoa que se encontra já dentro do círculo (*Lager*) patrimonial do titular.

Daí deriva, sem maiores dificuldades, a estrutura dogmática do tipo de infidelidade patrimonial: o autor tem de ser garantidor do patrimônio alheio, o que deriva de seu domínio sobre o patrimônio que lhe é confiado. Essa posição de garantidor é definida pelo § 266 do StGB por meio de um poder de dispor ou obrigar (*Verfügungs-oder Verpflichtungsmacht*) o patrimônio alheio, ou, alternativamente, de um dever de tutela (*Fürsorgepflicht*) desse patrimônio.

Está claro que a esse dever tem de corresponder um domínio de proteção (*Obhutsherrschaft*), o que é de se afirmar *eo ipso* no caso de órgãos de pessoas jurídicas ou de funcionários de direção com poderes decisórios, que são justamente os envolvidos nas situações de que se trata na crise financeira. As críticas anteriormente formuladas contra a insegurança, no que diz respeito à qualidade de autor da infidelidade patrimonial, não têm, assim, a menor importância para o caso da crise dos bancos.¹⁸ A posição de garantidor dos conselhos de auditoria, a qual, diga-se de passagem, já é questão pacífica na jurisprudência e na doutrina¹⁹, sequer interessa, porque os negócios, em razão de seu gigantesco volume, foram, em regra, aprovados pelos conselhos de auditoria, de modo que havia atuação positiva, consubstanciada no ato de aprovação, e não apenas omissão.

O DEVER DO AUTOR TEM DE SER VIOLADO

a) No caso de bancos estatais, a violação de dever decorre já do fato de que, independentemente de serem plenamente capazes nas relações com terceiros e de poderem realizar negócios bancários de qualquer espécie, eles têm natureza jurídica de Direito Público²⁰ e estão, portanto, internamente vinculados à persecução de finalidades públicas.²¹ Isso decorre do princípio constitucional vigente na Alemanha de que toda atuação direta ou indireta do Estado tem de servir a uma finalidade pública. Se é verdade que o Estado possui ampla discricionariedade na avaliação de quando está presenteado que seja uma finalidade pública, há também um claro limite: o mero propósito de lucro, isto é, o puro ânimo de obter ganho desvinculado de qualquer finalidade pública, não é uma finalidade pública, porque o Estado deve financiar-se por meio de tributos. Os bancos estatais podem e devem buscar ganhos ao conceder empréstimos, por exemplo, à economia da classe média alemã, porque isso é pressuposto da possibilidade de uma contínua concessão de créditos.

Ocorre que a compra de títulos americanos, que alcançou, já em três bancos de *Länder* alemães, um volume total de quase € 80 bi, não busca nem mediatamente uma finalidade pública. Como essa exigência decorre de Direito Público cogente, os negócios dos bancos dos *Länder* não podiam ser autorizados pelos acionistas do comitê de crédito (em regra, o *Land* correspondente a uma associação de caixas econômicas [*Verband der Sparkassen*]). O nexo de fim de proteção – exigido não pela jurisprudência, mas pela doutrina – entre a violação de dever e o dano daí decorrente²² é algo também a se afirmar, pois a limitação imposta aos titulares públicos de Direitos de busca de finalidades públicas almeja justamente proteger o Estado e a Fazenda Pública de experimentos econômicos, cujo paradigma foi representado pelos negócios especulativos praticados em grande escala²³.

b) Tanto nos bancos públicos quanto nos privados existe, obviamente, um dever de cuidado aos membros da direção e aos demais gerentes, em caso de investimentos em títulos de crédito estrangeiros, de avaliar cuidadosamente a estrutura de risco. É natural que o banqueiro deva ser o primeiro a conhecer as garantias do título, além da posição jurídica por ele concedida ao portador e à situação do mercado. No presente caso, tinham-se créditos

assegurados por meio de hipoteca contra um grande número de devedores desconhecidos e os títulos eram negociados num mercado não institucionalizado e, por isso, extremamente instável. Se for levado em conta que os bancos realizavam esses investimentos na dimensão de um terço da soma de seu balanço (como no caso do IKB), tendo-se, até mesmo, chegado ao triplo do orçamento do estado federado (como no Banco Estadual da Saxônia), e que estes não eram financiados com recursos próprios, mas sim com créditos no curto prazo, escapando, porém, ao controle pelo Instituto Federal de Auditoria Financeira (*Bundesanstalt für Finanzaufsicht*), já que realizavam os investimentos por meio de sociedades *single purpose* estrangeiras, por sua vez sem patrimônio e que existiam apenas em razão de uma fiança da matriz alemã, torna-se complicado afastar a conclusão de que todas as imagináveis regras de cuidado que devem ser observadas por um banqueiro foram violadas e de que a participação nesse mercado foi manifestamente contrária ao dever. Argumenta-se que se havia depositado confiança nas avaliações das agências de cotação, avaliações em si mesmas (pelo menos) grosseiramente culposas, o que poderia excluir não só o tipo subjetivo, como a violação objetiva do dever. Está claro, porém, que, segundo as regras gerais de imputação jurídico-penal, ninguém pode delegar por completo sua responsabilidade a terceiros, porque lhe resta, pelo menos, o dever de escolher com cuidado esse terceiro e, depois, o dever de vigiá-lo²⁴ – e esse dever é violado se o banqueiro confia numa avaliação cuja solidez ele não examinou, sequer questionando se as agências de cotação, em razão das relações promíscuas com as sociedades emitentes, mereciam alguma confiança, ainda mais diante do enorme exagero da cotação *Triple A*, que nada escondia sua falta de seriedade.

c) Uma razão adicional para a violação de dever decorre do Direito Bancário alemão. Na presente sede, não é possível examinar com mais detalhes se bancos alemães podem esquivar-se das limitações estatuídas pela Lei sobre o Sistema de Créditos (*Gesetz über das Kreditwesen*) para a concessão de créditos de grande monta, realizando essas operações por meio de filiais no exterior, ou se isso não se trata de uma clara burla/esquiva à lei (*Gesetzesumgehung*) – o que se tem boas, senão suficientes, razões para crer –, de modo que os bancos não poderiam escapar dos limites da lei. Ao examinarem-se os

deveres de tutela do patrimônio alheio que tem o banqueiro, não pode, contudo, existir qualquer dúvida de que o conteúdo material dessas limitações tem de ser observado também nas operações de burla à lei. Mais: a própria opção por uma tal burla à lei deve ser qualificada como um comportamento intensamente violador de dever.

d) A quarta e última razão para se fundamentar a violação de dever é uma consideração derivada da provocação do dano, pois é obviamente proibido a todo diretor e gerente lesionar seu banco por meio da celebração de negócios prejudiciais²⁵. Esse argumento nos remete à questão do dano patrimonial, à qual agora me volto.

SOBRE A ELEMENTAR TÍPICA DO DANO PATRIMONIAL

Segundo o conceito econômico-jurídico de patrimônio, dominante em diversas versões na doutrina alemã, pertencem ao patrimônio de uma pessoa todos os seus bens de valor monetário e que gozam da proteção da ordem jurídica; e a existência do dano é verificada segundo o método do saldo global (*Gesamt-saldierung*), isto é, perguntando-se se o patrimônio do titular vale, como um todo, depois do negócio, menos do que antes²⁶.

No caso dos títulos americanos CDO, fundados em *subprime mortgages*, poder-se-ia pensar de início que a avaliação deveria ser realizada segundo as regras do negócio de risco (*Risikogeschäft*), no qual se avalia o valor da chance de ganho ponderando-o com o risco de perda²⁷. Na realidade, porém, não se trata de uma situação de negócio de risco, mas de participação num sistema intensivo de bola de neve, que redundará necessariamente, em algum momento, em um colapso.

Afinal, a permanente expansão dos títulos de crédito e a exploração da alta no mercado de imóveis americano, provocada por esses mesmos títulos, faziam com que os imóveis servissem de garantia para empréstimos cada vez maiores, o que, com a simultânea piora da situação de solvência dos cessionários de crédito, tinha necessariamente de levar a um colapso. A participação num tal sistema de bola de neve pode ser uma especulação perigosa, mas, sob certas circunstâncias, vantajosa, desde que exista, desde o início, a intenção de engajar-se só rapidamente, alienando em pouco tempo o investimento especulativo no mercado.

A primeira alternativa foi a escolhida pelo *Deutsche Bank* por meio de seu gerente Ackermann, o qual investiu por bastante tempo em *subprime mortgages*, com isso apresentando, ao menos em seu balanço, consideráveis ganhos e lucros, tendo alienado tais títulos ao IKB pouco antes do colapso. Tendo em vista o grande volume de títulos adquiridos e o tempo que permaneceram com os bancos já mencionados, inexistia já sob o ponto de vista objetivo qualquer possibilidade de pronta alienação, não sendo sequer necessário mencionar a falta de qualquer propósito nesse sentido. Em razão disso, uma compensação suficiente do capital investido nos títulos pressuporia que os Direitos obrigacionais neles contidos tivessem valor e que, como sua própria aquisição é financiada por crédito, existisse uma relação adequada entre as condições de crédito dos proprietários americanos de imóveis e das condições de refinanciamento do banco.

Foi justamente, porém, o que não aconteceu, porque o refinanciamento ocorria com base em créditos de curto prazo e, com isso, ele estava fadado a se tornar deficitário no momento em que o sistema de bola de neve tivesse seu fim e que o mercado para as *subprime mortgages* entrasse em colapso global. Por meio da aquisição de *subprime mortgages*, cujo valor intrínseco não representava uma compensação suficiente para o capital investido, os bancos foram, portanto, definitivamente lesionados, sem que se tivesse de aplicar em suas minúcias as controvertidas regras do negócio de risco.

Um dano patrimonial autônomo (que permite deduzir a correspondente violação de dever) derivou do modo de financiamento escolhido pelos bancos. A compra de títulos de crédito (que de maneira fática eram empréstimos com um prazo de, geralmente, 5 anos) fora refinanciada a um prazo extraordinariamente curto (inferior a 3 meses), funcionando os títulos adquiridos como garantia.

Os créditos no curto prazo tinham juros bastante vantajosos. Uma vez que a taxa de refinanciamento era mais baixa do que os juros para os títulos de crédito comprados de empréstimos adquiridos, pôde-se obter um considerável lucro adicional. Esse lucro da diferença de juros era, naturalmente, tanto mais alto quanto maior o volume dos negócios praticados. Em razão disso, as *single purpose corporations* se empenhavam, com a aprovação dos bancos que estavam por detrás delas, em inchar o máximo possível sua reserva de

títulos financiados pelo crédito, para assim obter os correspondentes lucros da diferença de juros.

O lado inverso desse modelo era o risco de ter de refinanciar por completo, em questão de poucos meses, a gigantesca reserva de títulos de crédito. Tão logo não havia mais cedentes de crédito, tiveram de aparecer os enormes buracos de liquidez, que não só inevitavelmente levaram à ruína as sociedades *single purpose*, que só dispunham mesmo de um mínimo capital próprio, como também os bancos que estavam por detrás delas e que tinham fornecido declarações de garantia para as obrigações dessas sociedades. Isso se deu quando o valor dos créditos em que se baseavam os títulos se tornou duvidoso e eles pararam de ser aceitos como garantia por bancos que concediam crédito. Dado que os títulos de crédito não podiam ser transformados em dinheiro no curto prazo, surgiu uma carência de liquidez no montante de vários bilhões, a qual, ao final, só pôde ser equacionada quando o Estado injetou capital próprio e fianças para cobrir o buraco.

Uma perturbação, ou mesmo interrupção do círculo de refinanciamentos, teve de levar, fatalmente, a uma ruínosa crise de liquidez nas sociedades-veículo e nos bancos que estavam por trás delas. Uma vez que eram de se prever tais perturbações e interrupções (já na crise da Ásia e no fim dos *hedge funds LTCM* 1998, houve sérios problemas na manutenção de mercados financeiros com liquidez no curto prazo), o modelo de negócios das sociedades-veículo representava para os bancos um risco indefensável ou impassível de assunção (*unvertretbar*), porque é gerador de perigo existencial.

O dano patrimonial que os bancos (IKB, Hypo Real Estate, HSH Nordbank etc.) sofreram na crise financeira resultou menos de uma necessidade de amortização dos títulos adquiridos (que obviamente existia e ainda piorou a situação), do que imediatamente em relação ao arriscado modelo de financiamento que os levou a assumir enormes obrigações no curto prazo, o que, não fosse o plano de salvamento do Estado, teria-os conduzido inevitavelmente à insolvência.

Em conclusão, é de se afirmar o dano patrimonial infligido aos bancos, tanto segundo os princípios do sistema de bola de neve como segundo os princípios do negócio de risco indefensável/ impassível de assunção.

SOBRE O TIPO SUBJETIVO

O tipo subjetivo da infidelidade patrimonial exige dolo, sendo suficiente o eventual. Entre os apologetas, afirma-se comumente que o ocorrido foi uma falha sistêmica e que os banqueiros envolvidos teriam confiado plenamente nas avaliações das agências de cotação americanas. A pergunta é se isso geraria um erro excludente de dolo sobre a violação de dever ou sobre o dano.

No que se refere à violação de dever, deve ela ser afirmada na maior parte dos casos. A violação de dever trata do assim chamado elemento de valoração global do fato (*gesamt tatbewertenden Merkmalen*), no qual basta, para o dolo, o conhecimento dos fatos relevantes.²⁸ Esse conhecimento, concretamente o conhecimento do próprio desconhecimento das condições dos contratos e da solvência dos devedores, ou seja, o conhecimento de um investimento cego de vários milhões era algo que, mesmo segundo a versão difundida pelos apologetas, os bancos tinham.

Poder-se-ia, no máximo, pensar numa exclusão do dolo de dano, por exemplo, se o membro da direção ou um do comitê de crédito sequer tivesse qualquer noção da finalidade para as quais as somas bilionárias eram investidas, não dispondo de informações adicionais quanto à avaliação positiva da agência de *rating*. É verdade que tal proceder é desaprovado já pela própria experiência de vida, porque o mero conhecimento de que a margem de juros desses títulos estava um pouco além da então bastante baixa taxa de juros tinha de sugerir, para qualquer banqueiro não totalmente alheio ao mundo, o questionamento quanto à estrutura de risco, e ser alheio ao mundo não é um traço de caráter que costuma acompanhar alguém cuja carreira o conduziu à direção de um banco.

Além disso, há uma consideração adicional decisiva, que pelo menos faz supor que exista dolo eventual de dano, que é a motivação para realizar esses investimentos num montante disparatado: o lucro gerado por essas operações e que aparecia nos balanços revertia em bônus excepcionalmente altos para os funcionários e órgãos do banco, bônus esses que, segundo as declarações de negócios e os fatos notórios publicados na imprensa, chegaram, em cada banco individualmente, a pelo menos centenas de milhões de euros, por vezes mesmo à casa dos bilhões.

Esses bônus já foram pagos e sua devolução até agora não foi reclamada, porque o tratamento por enquanto oficial do problema parte de uma crise imanente ao sistema e ainda não chegou à pergunta quanto a se a própria inserção das *subprime mortgages* nos balanços não foi um erro grosseiro, de maneira que os balanços seriam falsos já desde o dia da aquisição dos títulos, necessitando de correção posterior e, se necessário, por meio de uma lei adequada a essa singular situação.

Por fim, também o indefensável risco que resultava da combinação entre dimensão e forma de financiamento dos negócios era reconhecível, sem maiores dificuldades, para os envolvidos. É difícil acreditar que não agissem ao menos com dolo eventual ao confiarem em continuar indefinidamente rodando a roda dos refinanciamentos.

Há várias razões para se sustentar que os banqueiros que tomaram as decisões sobre a aquisição de títulos sem valor tinham ao menos dolo eventual de lesão ao patrimônio do banco. Pode haver exceções de boa-fé, fundadas ou na superficialidade ou na ingenuidade, como no caso dos políticos que ocupam posição mais de enfeite nos comitês de crédito. Uma avaliação correta do dolo válida para todos os casos não poderá ser feita no nível abstrato de meu artigo. O importante é que a necessidade de esclarecimento do dolo dos autores individuais não pode impedir o deflagrar de inquéritos, pois a chamada suspeita inicial (*Anfangsverdacht*)²⁹, que obriga a que se instaure o inquérito, existe inquestionavelmente.

RESTANTES LACUNAS DO TIPO DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL?

A penalização dos responsáveis pela recente crise financeira será, pois, possível, ao menos em tese, em todos os países em cujo ordenamento exista um tipo geral de infidelidade patrimonial similar ao do Direito alemão, ou mesmo um tipo penal de infidelidade patrimonial societária. Uma eficiente implementação dessa possibilidade é a condição indispensável para que se evitem semelhantes acontecimentos no futuro.

Da mesma forma que ocorre somente por meio de uma consequente persecução de crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade por parte do TPI, é que se pode esperar uma melhora para o futuro; é apenas

por meio de uma persecução penal das causas criminosas da atual crise financeira que se pode esperar uma melhora. Com mais razão, devem os ordenamentos jurídicos que até hoje não conhecem um tipo geral de infidelidade patrimonial colmatar o mais rapidamente possível essa intolerável lacuna do Direito Penal.

Mesmo assim, a crise financeira demonstrou, com suas inconcebíveis dimensões, que também o tipo penal de infidelidade patrimonial apresenta insuficiências e consideráveis lacunas político-criminais. Nem seu aspecto objetivo, nem seu aspecto subjetivo são talhados para o específico injusto que se realizou com o investimento nos títulos americanos que não tinham mais qualquer relação razoável com o próprio capital originário. Essa especificidade está, por um lado, na participação num sistema de bola de neve aos moldes de um jogo de azar, participação essa que não permitia que ninguém soubesse se se podia abandonar o jogo antes que se desse o inevitável colapso do sistema, o que poderia ocorrer a qualquer momento; e, de outro, o que deve ser mencionado como segundo fator, numa participação com um tal volume de investimentos que, no caso de colapso do mercado, teria de levar à imediata extinção do banco investidor.

O injusto estava não apenas na lesão, mas na destruição do titular do patrimônio, ou seja, numa verdadeira potencialização do tipo de infidelidade patrimonial. É exatamente esse o injusto compreendido pelo tipo alemão de bancarrota, tipo esse que apresenta a seguinte redação:

§ 283 bancarrota

(1) É punível com pena de privação de liberdade de até cinco anos ou com multa, quem, no caso de sobre-endividamento, de incapacidade de pagamento ou de perigo de tal incapacidade, realize, de maneira contrária às exigências de uma economia regular, negócios de perda ou de especulação ou de diferença com mercadorias ou títulos de crédito, ou perca valores excessivos ou torne-se deles devedor por meio de gastos antieconômicos, jogos ou apostas de valores. (2) Da mesma forma é punível quem, por meio de um dos comportamentos mencionados no apartado

(*Absatz*) 1, provoca o seu sobre-endividamento ou sua incapacidade de pagamento. [...] (6) O fato só é punível se o autor interromper seus pagamentos ou se um processo de insolvência for aberto contra seu patrimônio ou se o requerimento de abertura desse processo for denegado por falta de massa.³⁰

O injusto dos diretores e gerentes de bancos, os quais realizaram investimentos exorbitantes em títulos de crédito americanos ao final sem qualquer valor e que, com tal envolvimento em um sistema de bola de neve, que deve ser caracterizado como jogo de azar, levaram os bancos por eles representados, e cujos patrimônios estavam sob sua tutela, à ruína, é exatamente o de bancarrota, que tem conteúdo autônomo, ao lado do da infidelidade patrimonial.

Enquanto a infidelidade protege o patrimônio do obrigado pelo negócio, o tipo de bancarrota protege o patrimônio dos credores e, eventualmente, até mesmo a economia como um todo³¹, de modo que se alguém com dever de tutela do patrimônio alheio leva, por meio de uma conduta de infidelidade patrimonial, o titular do patrimônio à insolvência, os dois delitos se realizam e se encontram em relação de concurso formal.

Enquanto no caso do banco Lehmann Brothers não parece haver qualquer empecilho a essa punibilidade, e não apenas nos EUA, como também em todos os países nos quais os bancos filiais da Lehmann Brothers entraram em insolvência, na Alemanha não será possível a persecução penal dos bancos alemães levados à ruína. E a razão disso é a exigência de condição objetiva de punibilidade de que tenha sido aberto um processo de insolvência contra o patrimônio do devedor, isto é, do banco, ou que um tal requerimento tenha sido negado por falta de massa.

Tanto na Alemanha quanto nos EUA, na Grã-Bretanha ou na França, o governo auxiliou os bancos atingidos, disponibilizando-lhes os créditos que quisessem e fianças, o que lhes deu uma nova liquidez com a qual foi possível evitar a iliquidez que, no curso normal das coisas, iria suceder. Foi inclusive criada, por meio de lei própria, a possibilidade de deslocar os títulos de crédito ruins para um chamado *Bad Bank*, com isso evitando o sobre-endividamento.

Se a justificativa dada aos contribuintes, de que isso teria sido indispensável para afastar um colapso geral do sistema financeiro, é verdadeira ou se existiam outras possibilidades que os onerassem menos é algo que francamente não posso avaliar. O que me parece claro é que as intervenções do governo não diminuem de forma nenhuma o merecimento e a necessidade de pena da atuação dos diretores e gerentes de bancos. Por causa do princípio da legalidade e da proibição de retroatividade nele contida, não é, no que se refere às ações de bancarrota do passado, possível atender a essa manifesta necessidade de punição.

Tanto mais urgente é a exigência de fazê-lo para o futuro, porque não existe a menor garantia de que os acontecimentos agora vividos não venham a se repetir no futuro por meio de similares artifícios. Depois que, sob a liderança dos EUA, a técnica introduzida por Greenspan de evitar crises no setor bancário fornecendo capital fresco aos bancos – ou seja, em última análise, por meio da impressora de moedas –, tem sido empregada em dimensões ainda maiores, já estão presentes as condições gerais para uma repetição do sistema de bola de neve dos *subprime mortgages* americanos sob a forma de ABS e CDO.

Deve-se, portanto, exigir que a condição objetiva de punibilidade do tipo de bancarrota seja complementada por uma terceira variante, a saber: que não ocorra o processo de insolvência unicamente por ter ele sido evitado por intervenção estatal.

CONCLUSÃO

Estou consciente de que as minhas reflexões sobre o tratamento jurídico-penal da crise financeira representam apenas um esboço que precisa ser urgentemente aprofundado, de modo mais detalhado e cuidadoso e que, ademais, merece um tal desenvolvimento. A crise financeira não é apenas uma falha sistêmica, mas foi provocada pelo comportamento criminoso em massa de pessoas responsáveis do setor bancário, com a colaboração, ao menos grosseiramente culposa, de órgãos estatais.

O fato de que na Alemanha justamente bancos públicos tenham investido quantias de pelo menos € 100 bi em títulos americanos sem valor e, com isso, de uma perspectiva econômica, subsidiado o consumo da população americana aos custos do contribuinte alemão, é não apenas um escândalo político, mas uma espécie de criminalidade globalmente organizada³². Abstraindo dos

poucos casos em que essas ações são explicáveis pela simples falta de informação ou de compreensão dos atores, o que deve ter ocorrido especialmente no caso de políticos em conselhos de auditoria, parece que os bônus pagos em montantes absurdos teriam sido o motivo decisivo. Como já mencionado, esses bônus alcançaram ao todo a casa de vários bilhões. Até hoje não se teve notícia de que se tenha exigido a devolução de uma só dessas bonificações baseadas em lucros aparentes do passado, e já se vê que essa prática prossegue mesmo nos bancos que acabaram de ser salvos.

Não parece exagerado falar de uma nova era da cleptocracia no mundo dos bancos. Entre os apologetas procura-se enfeitar toda a situação falando em tensões sistêmicas, e os políticos tentam acalmar o contribuinte, que é quem ao final arca com o prejuízo, prometendo introduzir restrições à estrutura cleptocrática. Dez anos atrás, em um congresso de Direito Penal germano-japonês organizado pela Fundação Humboldt, formulei a exigência de que o Direito Penal, tradicionalmente usado contra a classe baixa, também seja usado contra a classe alta³³, o que obviamente requer o esclarecimento dos existentes elementos fáticos. Se existe um campo no qual isso se tornou urgente, é o campo da chamada crise financeira.

NOTAS

- 1 Versão resumida e ligeiramente modificada do trabalho: “Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität”. In: SCHÜNEMANN, B. (coord.). *Die sogenannte Finanzkrise: Systemversagen oder global organisierte Kriminalität*. Berlin: BWV, 2010. p. 71 e ss.
- 2 KUMPAN, C. “Conflicts of Interest in securitisation: adjusting incentives”. In: *Journal of Corporate Law Studies*. Vol. 9, Issue 2, 2009. p. 261-264.
- 3 Apenas alguns detalhes da seguinte exposição serão dotados de referências; ela se apoia, no geral, em FRANKE, G. & KRAHNEN, J. P. *The Future of Securitization*. Working Paper no 2008/31. Center for Financial Studies, Goethe-Universität, Frankfurt am Main, p. 9 e ss.; KUMPAN, C. “Conflicts of Interest in securitisation: adjusting incentives”. In: *Journal of Corporate Law Studies*. Vol. 9, Issue 2, 2009, p. 261 e ss.; ROUSSEAU, S. *Regulating Credit Rating Agencies after the Financial Crisis: the long and winding road toward accountability*. Capital Markets Institute Research Paper of the University of Toronto, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1456708>. Acesso em: 29.jun. 16, p. 11 e ss.; KASISKE, P. “Aufarbeitung der Finanzkrise durch das Strafrecht? Zuer Untreuestrafbarkeit durch Portfolioinvestments in Collateralized Debt Obligations via Zweckgesellschaften”. In: SCHÜNEMANN, B. (coord.). *Die sogenannte Finanzkrise: Systemversagen oder global organisierte Kriminalität*. Berlin: BMV, 2010. p. S. 13 e ss.; GALLANDI, V. “Strafrechtliche Aspekte der Asset Backed Securities”. In: *Wistra*, Heft 2. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 41 e ss.; Lüderssen, StV 2009, p. 486 e ss.; LUTTER, M. “Bankenrise und Organhaftung”. In: *ZIP*. Köln: Verlag Weiterkommen im Wirtschaftsrecht, 2009. p. 107 e ss.; *Idem*, BB 2009, p. 786 e ss.
- 4 Mais detalhes em: SINN, H.-W. *Kasino-Kapitalismus*. Berlin: Ullstein Taschenbuch, 2009, p. 116 e ss.
- 5 Tabelas em: SINN, H.-W. *Kasino-Kapitalismus*. Berlin: Ullstein Taschenbuch, 2009.
- 6 Tabela em: SINN, H.-W. *Kasino-Kapitalismus*. Berlin: Ullstein Taschenbuch, 2009.
- 7 É instrutivo, quanto a isso, o dossiê publicado em “Die Zeit” nº 3, de 14.01.2010, p. 13 e ss.
- 8 Cf. ASMUSSEN, J. “Verbriefungen aus Sicht des Bundesfinanzministeriums”, Ztschr.

e ss. d. ges. Kreditwesen 2006, p. 1016 e ss.; severa crítica em: GALLANDI, V. “Zwischenruf – Das Bundesministerium der Finanzen, ein Staat im Staate?” In: *ZRP*, 2008, p. 128-129.

9 *Sinn*, em: Lüdersen, *StV* 2009, p. 489.

10 Quanto a isso, com base no exemplo de criminalidade do Estado da RDA: “*Klein, Ipsen, Marxen/Werle, Schünemann, Ebert, Seebode*”. In: *Deutscher Bundestag*. Enquete-Kommission “Überwindung der Folgen der SED-Diktatur”. Vol. II/2. pp. 929-1601.

11 Lüderssen, *StV* 2009. p. 486 e ss., p. 487.

12 Lüderssen, *StV* 2009, p. 494; é similar o resumo em: LÜDERSSSEN, K. “Regulierung, Selbstrelierung und Wirtschaftsstrafrecht. Verusch einer interdisziplinären Systematisierung”. In: KEMPF, E. & LÜDERSSSEN, K.; VOLK, Klaus (coord.). *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers: wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken*. Berlin: De Gruyter, 2009, p. 241, p. 316.

13 É a isso que leva, aproximadamente, o raciocínio de Lüderssen em *StV* 2009.

14 Para a subsunção mais detalhada sobre o tipo do estelionato, vide a versão alemã do presente trabalho: SCHÜNEMANN, B. “Die sog. Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität”. In: _____. (coord.). *Die sogenannte Finanzkrise: Systemversagen oder global organisierte Kriminalität*. Berlin: BWV, 2010, p. 82 e ss.

15 Para a história do tipo de infidelidade patrimonial, ver: MÖHRENSCHLAGER, M.; SCHÜNEMANN, B.; TIEDERMANN, K.; VALERIUS, B. & VOGEL, J. (eds.). *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar. § 266 Entstehungsgeschichte*. 11 Auflage. Berlin: De Gruyter, 2005; para o Direito Comparado, *Ibidem*. nm. 193 e ss.; sobre o tipo penal espanhol da infidelidade por um órgão de administração, ver: Art. 295 do Código Penal de 1995, cf. DÍEZ, C. GJ. & CAVERO, P. G. *La administración desleal de los órganos societários*. Barcelona: Ara, 2008, p. 153 n.º 3; GÓMEZ-TRELLES, J. S. V. “Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jusriprudencial”. In: ESPINAR, J. M. Z. & DE QUIROGA, J. L. B. *Dogmática y Ley Penal: Libro homenaje a Bacigalupo*. Vol. II. Madrid/Barcelona, 2004. p. 1207 e ss.; CALDERÓN, B. M. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del Art. 295 del Código Penal español y propuesta de ley ferenda*. Granada: Comares, 2005.

16 BINDING, K. *Lehrbuch des Besonderen Teils I*. Leipzig: W. Engelmann, p. 397; o texto foi, por mim, ligeiramente modificado.

17 Para o debate específico, levando-se em conta os delitos patrimoniais, mais recentemente, ver: SCHÜNEMANN, B. (coord.). *Strafrechtssystem und Betrug*. Herbolzheim: Centaurus Verlag, 2002, p. 51 e ss.; de uma perspectiva mais geral, LK/Schünemann, 12. ed. § 203 nm. 16.

18 Sobre esse aspecto, ver: BRÜNING, J. & SAMSON, E. “Bankenkrise und strafrechtliche Haftung wegen Untreue gem. § 266 StGB”. In: *ZIP*. Köln: Verlag Weiterkommen im Wirtschaftsrecht, 2009, p. 1089.

19 Cf. apenas BGHSt 47, 187, 200; 50, 331, 335; MÖHRENSCHLAGER, M.; SCHÜNEMANN, B.; TIEDERMANN, K.; VALERIUS, B. & VOGEL, J. (eds.). *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*. § 266 nm. 60. 11 Auflage. Berlin: De Gruyter, 2005.

20 (N.T.) Na Alemanha, os bancos públicos se encontram sob um regime de Direito Público, cf. RÜMKER, D. & KEßBÖHMER, E. In: SCHIMANSKY, H.; BUNTE, HJ. & LWOWSKI, HJ. (coords.). *Bankrechts-Handbuch*. 3. ed. München: Beck, 2007. § 125 nm. 1 e ss.

21 Quanto a isso e ao que segue, *Lutter*, BB 2009, p. 786 e ss.

22 SCHÜNEMANN, B. *Organuntreue: das Mannesmann-Verfahren als Exempel?* Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, p. 64 e ss.; *idem*, NStZ 2008, p. 430 e ss., 434; SCHLÖSSER, J. & DÖRFLER, R. “Strafrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex”. In: *Wistra*, 2007. p. 326 e ss.; SEIER. In: ACHENBACH, H. & RANSIEK, A. (coords.). *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2008. p. 413; criticamente, ver: *Saliger*. In: SATZGER, H.; SCHMITT, B. & WIDMAIER, G. (coords.). *StGB*, 2009, § 266 nm. 82 e ss.; meras considerações sobre a causalidade em NK/Kindhäuser, 3. ed., § 266 nm. 99, fazendo referência a BGHSt 46, 34; BGH *wistra* 2007, 422.

23 Mais detalhes em: *Lutter* BB 2009, p. 789 com ulteriores referências.

24 Cf. SCHÜNEMANN, B. In: BREUER, R.; KLOEPFER, M. & MARBURGER, P. (org.). *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen*. Preußen: Decker R. Von, 1994. p. 137, 149 e ss.

25 LK/Schünemann, § 266 nm. 94; similar *Bosch/Lange*, JZ 2009, p. 225 e ss.; BGHSt 50, p. 331, 336. “A crítica de *Saliger*”. In: SATZGER, H. et al. *StGB*, § 266 nm. 43, que faz referência aos “critérios gerais de cuidado” e leva ao mesmo resultado.

26 Isso é, em seu cerne, incontroverso, cf. apenas MüKo/Hefendehl, § 263 nm., p. 298 e ss., p. 442 e ss.; Schönemann, StraFo 2010, p. 1 e ss., 3 s.

27 Quanto a isso, ver: MüKo/Dierlamm, § 266 nm., p. 200 e ss.; NK/Kindhäuser, § 266 nm., p. 73 e ss.; Saliger. In: SATZGER, H. et al. *StGB*, § 266 nm., p. 47 e ss. (todos se manifestando sobre a violação de dever).

28 LK/Schünemann, § 266 nm. 153; igual conclusão em: NK/Kindhäuser, § 266 nm. 122. Ao contrário do que defende Saliger. In: SATZGER, H. et al. *StGB*, § 266 nm. 105, e Fischer. In: SATZGER, H. et al. *StGB*, § 266 nm 174, as duas mais importantes decisões do BGH aqui relevantes, a decisão do caso Mannesmann (NStZ 2006, p. 214 e ss.) e a do caso Kanther (BGHSt 51, p. 100 e ss.) – mesmo com suas (intencionais) obscuridades conceituais e dogmáticas – apoiam o presente ponto de vista.

29 GOßNER, L. M. *StPO*. 52. ed. § 152 nm. 4. München: Beck, 2009; ROXIN, C. & SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahrensrecht*. 26. ed. § 39 nm. 15. München: Beck, 2009.

30 No original: § 283 *Bankrott*:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise Verlust- oder Spekulationsgeschäfte oder Differenzgeschäfte mit Waren oder Wertpapieren eingeht oder durch unwirtschaftliche Ausgaben, Spiel oder Wette übermäßige Beträge verbraucht oder schuldig wird. (2) Ebenso wird bestraft, wer durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Handlungen seine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit herbeiführt. (6) Die Tat ist nur dann strafbar, wenn der Täter seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist.

31 LK/Tiedemann, 12 a. ed., nm. 45 e ss. vor § 283; Kindhäuser, NK-*StGB*, 3 a. ed. 2010, Vor §§ 283 e ss. nm. 19 e ss.; Lackner/Kühl, *StGB* 26a. ed. 2007, § 283 nm. 1; Stree/Heine. In: Schönke/Schröder, *StGB* 27a. ed. 2006, Vorbem §§ 283 e ss. nm. 2 (interesses dos credores e da economia como um todo como bens protegidos), todos com ulteriores referências.

32 Com o que não se quer fazer referência a sinistras teorias da conspiração, mas ao alto grau de organização dos vários planos de atuação.

33 In: KÜHNE, HH.; MIYAZAWA, K. (coords.). *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 17 e ss.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : BINDING, K. *Lehrbuch des Besonderen Teils I*. Leipzig: W. Engelmann. p. 397; o texto foi por mim ligeiramente modificado.
- : BREUER, R.; KLOEPFER, M.; MARBURGER, P. (org.). *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen*. Preußen: Decker R. Von, 1994.
- : BRÜNING, J. & SAMSON, E. “Bankenkrise und strafrechtliche Haftung wegen Untreue gem. § 266 StGB”. In: *ZIP*. Köln: Verlag Weiterkommen im Wirtschaftsrecht, 2009, p. 1089.
- : CALDERÓN, B. M. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del Art. 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Comares, 2005.
- : FRANKE, G.; KRAHNEN, J. P. *The Future of Securitization*. Working Paper n° 2008/31. Center for Financial Studies, Goethe-Universität, Frankfurt am Main.
- : GALLANDI, V. “Strafrechtliche Aspekte der Asset Backed Securities”. In: *Wistra*, Heft 2. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.
- : _____. “Zwischenruf – Das Bundesministerium der Finanzen, ein Staat im Staate?” In: *ZRP*, 2008.
- : GÓMEZ-TRELLES, J. S. V. “Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial”. In: ESPINAR, J. M. Z. & DE QUIROGA, J. L. B. *Dogmática y Ley Penal: libro homenaje a Bacigalupo*. Vol. II. Madrid/Barcelona, 2004.
- : GOßNER, L. M. *StPO*. 52. ed. § 152 nm. 4. München: Beck, 2009.
- : KASISKE, P. “Aufarbeitung der Finanzkrise durch das Strafrecht? Zuer Untreuestrafbarkeit durch Portfolioinvestments in Collateralized Debt Obligations via Zweckgesellschaften: . In: SCHÜNEMANN, B. (coord.). *Die sogenannte Finanzkrise: Systemversagen oder global organisierte Kriminalität*. Berlin: BMV, 2010.
- : KLEIN, IPSEN, MARXEN; WERLE, SCHÜNEMANN, EBERT, SEEBODE. In: *Deutscher Bundestag*. Enquete-Kommission “Überwindung der Folgen der SED-Diktatur”. Vol. II/2.

- : KÜHNE, HH.; MIYAZAWA, K. (coords.) *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000.
- : KUMPAN, C. “Conflicts of interest in securitisation: Adjusting incentives”. In: *Journal of Corporate Law Studies*. Vol. 9, Issue 2, 2009.
- : LÜDERSEN, K. “Regulierung, Selbstregulierung und Wirtschaftsstrafrecht: Verusch einer interdisziplinären Systematisierung”. In: KEMPF, E.; LÜDERSEN, K. & VOLK, K. (coord.). *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers: Wirtschaftliche perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken*. Berlin: De Gruyter, 2009.
- : LUTTER, M. “Bankenrise und Organhaftung”. In: *ZIP*. Köln: Verlag Weiterkommen im Wirtschaftsrecht, 2009.
- : GOBNER, L. M. *StPO*. 52. ed. § 152 nm. 4. München: Beck, 2009.
- : MÖHRENSCHLAGER, M.; SCHÜNEMANN, B.; TIEDERMANN, K.; VALERIUS, B. & VOGEL, J. (eds.). *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar. § 266 Entstehungsgeschichte*. 11 Auflage. Berlin: De Gruyter, 2005.
- : ROUSSEAU, S. *Regulating Credit Rating Agencies after the Financial Crisis: the long and winding road toward accountability*. Capital Markets Institute Research Paper of the University of Toronto, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1456708>. Acesso em: 29 jun. 2016.
- : ROXIN, C. & SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 26. ed. § 39 nm. 15. München: Beck, 2009.
- : RÜMKER, D & KEßEBÖHMER, E. In: SCHIMANSKY, H.; BUNTE, HJ. & LWOWSKI, HJ. (coords.). *Bankrechts-Handbuch*. 3. ed. München: Beck, 2007.
- : *Saliger*. In: SATZGER, H.; SCHMITT, B. & WIDMAIER, G. (coords.). *StGB*, 2009.
- : SCHLÖSSER, J. & DÖRFLER, R. “Strafrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex”. In: *Wistra*, 2007.
- : SCHÜNEMANN, B. (coord.). *Die sogenannte Finanzkrise: Systemversagen oder global organisierte kriminalität*. Berlin: BWV, 2010.

- : _____. *Organuntreue: das Mannesmann-Verfahren als Exempel?*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.
- : _____. (coord.). *Strafrechtssystem und Betrug*. Herbolzheim: Centaurus Verlag, 2002.
- : *Seier*. In: ACHENBACH, H.; RANSIEK, A. (coords.). *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2008.
- : SINN, HW. *Kasino-Kapitalismus*. Berlin: Ullstein Taschenbuch, 2009.

EXISTEM CRITÉRIOS PARA A POSTULAÇÃO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS?

Luís Greco

A CHAMADA “MODERNIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL

Uma das discussões que mais tem atraído a atenção dos penalistas, no Brasil e no estrangeiro, diz respeito à chamada “modernização” do Direito Penal. Esta discussão parte da premissa de que haveria, de um lado, um Direito Penal “clássico”, cujas características seriam, aproximadamente, o individualismo, o Liberalismo, a legalidade estrita, o predomínio dos bens jurídicos (ou direitos subjetivos) individuais e do delito de lesão, e, de outro, um contraposto Direito Penal “moderno” – anti-individualista, social, flexibilizador da legalidade por meio de normas penais em branco e de tipos estruturados segundo o modelo da acessoriedade administrativa, rico em bens jurídicos supra-individuais e crimes de perigo abstrato.

Enquanto o Direito Penal clássico seria o modelo idealizado pelos penalistas do Iluminismo, o Direito Penal moderno representaria o modelo implementado pelas reformas legislativas das últimas décadas. Objeto da controvérsia é a avaliação desse estado de fatos: enquanto uns saúdam a modernização, outros a repudiam.¹

O presente estudo quer contribuir não para essa discussão, e sim para sua superação. Já há algum tempo vem ganhando espaço a ideia de que a contraposição entre Direito Penal clássico e moderno é uma simplificação inadequada. Não se pode realizar uma delicada cirurgia com um facão. A distinção entre proibições legítimas e ilegítimas depende de uma série de critérios e considerações, os quais não são refletidos de modo suficientemente diferenciado pela simplista contraposição entre Direito Penal clássico e moderno.²

Um grupo entre esses critérios e considerações diz respeito ao bem jurídico protegido pela incriminação. As várias dificuldades com que o conceito de bem jurídico tem de se enfrentar são suficientemente conhecidas e não serão objeto do presente estudo.³ Aqui se cuidará tão somente de uma delas,

para a qual eu já havia apontado anteriormente,⁴ qual seja, a dos critérios para a postulação de um bem jurídico coletivo.

Ainda que se pense que a problemática das chamadas “meras imoralidades” e do paternalismo deva ser resolvida por meio de teorias que não a do bem jurídico,⁵ uma vez que essa teoria se move no plano das considerações de conveniência ou utilidade em sentido amplo, isso não significa que tais considerações possam ser de todo dispensadas no momento de justificar proibições – de outro modo, voltar-se-ia à ideia do delito como violação de dever, cujo caráter errôneo tem de ser aqui pressuposto.

Para justificar proibições também fazendo referências a finalidades, é preciso saber quais entre essas finalidades são relevantes e quais não são. É desse problema que se ocupa o presente trabalho.

BEM JURÍDICO COLETIVO: JUSTIFICAÇÃO DE PROIBIÇÕES MAIS EXTENSAS E SANÇÕES MAIS SEVERAS

Os bens jurídicos coletivos facilitam a vida do legislador. Toda vez que o legislador postula, ao invés de um possível bem jurídico individual, um bem jurídico coletivo como objeto de proteção de determinada incriminação, consegue ele justificar mais facilmente uma proibição ou consumação antecipada, uma proibição mais extensa, pela irrelevância do consentimento, e um marco sancionatório mais severo.⁶

Vejam alguns exemplos, dois do Direito alemão e dois do Direito brasileiro:

a) O § 265b I *Strafgesetzbuch (StGB)*, chamado estelionato de crédito (*Kreditbetrug*). Incrimina a conduta de quem, ao requerer a concessão, a autorização ou a modificação de um empréstimo em favor de uma empresa real ou falsa se vale de documentos (balanços, cálculos de lucros e prejuízos etc.) relevantes incorretos, ou incompletos, ou faz declarações escritas relevantes incorretas ou incompletas, ou deixa de comunicar piores relevantes da situação econômica não constantes dos documentos ou declarações feitas. Noutras palavras, o tipo contém uma fração de estelionato, uma consumação antecipada, vez que se realiza já com a conduta fraudulenta. Compare-se o estelionato (§ 263 I *StGB*), que pressupõe, além da conduta fraudulenta, a provocação

de um erro, uma disposição patrimonial e um dano ao patrimônio. O argumento de que se vale a doutrina dominante para justificar essa assimetria é a postulação de um bem jurídico coletivo: enquanto o tipo do estelionato se dirigiria à proteção do bem jurídico individual patrimonial, o estelionato de crédito afetaria, além do patrimônio individual, um bem coletivo: a capacidade de funcionamento do sistema de crédito;⁷

b) § 29 BtMG, tráfico de entorpecentes, cujo bem jurídico, segundo a opinião dominante, é a saúde pública.⁸ O tipo se realiza já com qualquer conduta animada por interesse pessoal dirigida a promover ou a possibilitar a venda de drogas (assim, literalmente, a definição do *Bundesgerichtshof* [BGH] da elementar típica “comercializar”, *Handeltreiben*), a pena é de até 5 anos de prisão ou de multa. O consentimento do destinatário da droga é irrelevante, vez que ele não é o titular do bem afetado. O crime que tutela o correspondente bem jurídico individual, o de lesões corporais (§ 223 *StGB*, forma simples; §§ 224, 226 *StGB*, forma qualificada), pressupõe a causação objetivamente imputável de uma lesão ao bem-estar físico ou à saúde e prevê, para a forma simples, uma pena também de até 5 anos ou de multa. O consentimento é relevante, salvo em situações excepcionais, objeto do § 228 (cláusula dos bons costumes);

No Direito brasileiro, a situação é um tanto mais crítica. Dois exemplos:

c) Art. 15, Lei 10.826/2003. A lei sobre armas de fogo, cuja finalidade é defender o bem “incolumidade pública”,⁹ define como crime inafiançável a conduta de “disparo de arma de fogo”, cominando-lhe pena de dois a quatro anos de reclusão, o que é mais do que o cominado ao delito de lesões corporais simples (art. 129 *caput*, três meses a um ano de detenção) e em parte mais do que o cominado às lesões graves (art. 129 § 1º, um a cinco anos de reclusão);

d) Art. 33, Lei 11.343/2006. A nova lei de tóxicos, voltada à tutela do bem coletivo “saúde pública”,¹⁰ comina ao delito de tráfico de drogas (“Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”) a pena de cinco a quinze anos de reclusão e de quinhentos a mil e quinhentos

dias-multa. Isso também é bastante superior ao delito de lesões corporais, mesmo às graves.

Os exemplos deixam claro o problema: o bem jurídico coletivo justifica incriminações e marcos penais que não seriam *prima facie* justificáveis se tivéssemos apenas o bem jurídico individual. Isso tem levado parte da doutrina a lançar um ataque aos bens jurídicos coletivos, que se move em diversos planos. Num *plano mais fundamental* transitam os autores que, partindo dessa verificação, recusam já a própria teoria do bem jurídico.¹¹

Essa crítica mais fundamental não será objeto das presentes reflexões. Diga-se, apenas, que só pelo fato de se justificar um dispositivo penal fazendo-se referência aos efeitos de proteção por ele almejados – o que quase todo mundo faz – já se está bem próximo de uma implícita teoria do bem jurídico,¹² e que também a principal concorrente dessa teoria, qual seja, a teoria da lesão a Direito subjetivo, vê-se deparada com problemas similares.¹³ A crítica que agora nos interessa é, portanto, a que se move num plano mais raso. Ela tem por alvo não a teoria do bem jurídico em si, mas sim apenas os bens jurídicos coletivos, dirigindo-se ou à generalidade desses bens (assim, as chamadas teorias pessoais do bem jurídico), ou a alguns deles, que são pejorativamente qualificados de bens jurídicos aparentes. Parece recomendável realizar, anteriormente, algumas precisões sobre o conceito de bem jurídico coletivo.

CONCEITO DE BEM JURÍDICO COLETIVO

A doutrina pouco se ocupa da conceituação de bem jurídico coletivo, mas em geral já a pressupõe conhecida.¹⁴ Na maioria das vezes ela se contenta com a afirmativa não errada, mas pouco esclarecedora, de que coletivos são os bens cujo portador não é um indivíduo, e sim a coletividade.¹⁵ Há, porém, alguns poucos autores que procuram ir além, propondo critérios que elucidem o significado dessa referência à coletividade. Hefendehl¹⁶ menciona, seguindo Alexy,¹⁷ os critérios da *não exclusividade* de seu gozo, da *não rivalidade* de seu consumo e da *não distributividade*. Não exclusividade do gozo significa que ninguém pode ser excluído do gozo do bem; não rivalidade do consumo significa que o consumo do bem por um indivíduo não impede nem dificulta o consumo pelos demais; e não distributividade significa que o bem não é passível de divisão em parcelas que possam ser atribuídas aos indivíduos.

A relação destes três critérios entre si não é tão clara. Ainda assim, parece plausível recorrer apenas ao terceiro critério, o da *não distributividade* ou *indivisibilidade*¹⁸: a não rivalidade do consumo não consegue dar conta dos bens não consumíveis.¹⁹ Já a não exclusividade do gozo parece decorrer da indivisibilidade ou mesmo não passar de uma redescrição dela.

Entenderemos, portanto, como *bem coletivo* aquele que não pode ser dividido em parcelas passíveis de atribuição aos indivíduos. A administração da Justiça é, assim, um bem coletivo, porque uma boa Justiça é algo que pertence a todos os cidadãos de igual maneira. O mesmo se diga da pureza do ar: não existe uma parcela do ar destinada a A, outra a B, outra a C, outra a N, mas cada qual pode respirar o ar como um todo, colhendo o mesmo benefício da pureza desse ar. Já o espólio é um bem individual, porque a parte de cada herdeiro é identificável.

O ATAQUE GENERALIZADO: A TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO E O ARGUMENTO DA CORRUPÇÃO

Pode-se caracterizar a *teoria pessoal* ou *personalista* do bem jurídico (*personale Rechtsgutslehre*) como a tese segundo a qual todo bem jurídico legítimo tem de guardar uma referência ao indivíduo. Essa referência ao indivíduo pode ser concebida de duas formas, daí derivando duas versões da teoria pessoal.

Primeiramente, é possível entender que essa referência tem de ser *direta*, isto é, que só serão legítimos bens jurídicos individuais. Interesses ou Direitos de “pessoas de carne e osso”, como diz Ferrajoli.²⁰ Essa concepção, que poderia ser chamada de *teoria personalista radical*, é sustentada por Zaffaroni e Tavares, talvez também por Ferrajoli.²¹ Isso significa que já o próprio bem tutelado tem de ser divisível.

Além disso, é possível sustentar que essa referência pode ser *indireta*, de modo que seriam admissíveis bens jurídicos coletivos, desde que eles indiretamente guardassem algum contato com os indivíduos. Assim, por exemplo, o meio ambiente não poderia ser penalmente protegido por seu próprio valor, mas sim porque dele depende a própria vida e a saúde dos indivíduos.²² Esses interesses são divisíveis e, portanto, Individuais. Essa versão da teoria, que poderíamos chamar de *moderada*, é defendida principalmente por Hassemer.²³

Por fim, observe-se que afirmar, no plano mais abstrato da teoria do Estado, que toda atuação estatal tem, de alguma maneira, de tutelar interesses dos indivíduos, porque *o Estado existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado*, não pode bastar para transformar uma teoria em pessoal.²⁴ E isso por duas razões: primeiramente, essa afirmação não é em princípio questionada por ninguém,²⁵ de modo que ela não se refere a nada que a teoria tenha de distintivo, mas sim a algo que ela compartilha com a sua principal concorrente, a teoria dualista.²⁶

Além disso, um Estado que atua sempre pelos indivíduos e não por si só é, em última análise, algo que beneficia a todos de modo indivisível e, portanto, constitui um verdadeiro bem coletivo. Isso significa que essa afirmação torna a referência ao indivíduo ainda mais tênue, porque essa referência vem mediatizada por um segundo bem coletivo, genérico, que está por trás do bem mais específico objeto de tutela do tipo penal em questão. A referência ao indivíduo acaba sendo, assim, duplamente indireta, o que não pode bastar para uma teoria que pretende dizer algo diferente do que diz a concorrência.

Uma tomada de posição sobre a teoria personalista terá, assim, por objeto apenas a tese radical ou a moderada, com a conveniência de que, se for rejeitada a tese moderada, será automaticamente de afastar-se também a tese radical, que a tem como premissa. E de fato nem mesmo a versão moderada da teoria é convincente. Pense-se nos delitos de corrupção: qualquer que seja o bem jurídico que a eles se atribua – a lisura do serviço público,²⁷ a confiança da população nessa lisura,²⁸ o correto funcionamento da administração pública²⁹ etc.³⁰ – será muito difícil reconduzir esse bem paradigmaticamente coletivo, porque indivisível aos indivíduos.³¹

Imagine-se o caso do funcionário atolado em seu trabalho que recebe dinheiro para realizar um ato vinculado que já deveria ter praticado, mas pratica esse ato depois do expediente, não gerando, assim, qualquer desvantagem aos demais que aguardam a prática desse ato. O particular, que é beneficiário, não é vítima, mas provavelmente até autor do delito de corrupção ativa (art. 333, CP). Os demais particulares que também estão aguardando a prática do ato pelo funcionário não foram passados para trás e, portanto, não sofreram qualquer dano.

A única possível referência a indivíduos aqui ocorre no plano genérico do interesse indivisível e, portanto, coletivo de todos os cidadãos numa administração pública que não venda favores. E essa referência duplamente indireta ao indivíduo, como vimos, não é suficiente para uma perspectiva personalista que queira dizer algo que a diferencie de sua concorrente dualista. A única saída para o personalista seria reconhecer que, na situação que imaginamos, não há afetação ao indivíduo e, portanto, a conduta é impunível, devendo interpretar-se restritivamente o tipo penal.³² Esse resultado parece, entretanto, inaceitável, operando como *reductio ad absurdum* da teoria.

Pode-se denominar essa tese de que o delito de corrupção tutela um bem irredutivelmente coletivo como o *argumento da corrupção*. O argumento da corrupção comprova, portanto, que a teoria pessoal mesmo em sua forma moderada é insustentável.³³ Com isso, fica prejudicada também a versão radical da teoria.

En passant: tampouco a *tese histórica* avançada por alguns defensores da teoria pessoal ou de posições próximas é verdadeira. Segundo essa tese, o Direito Penal “clássico”, isto é, o Direito Penal iluminista, teria como uma de suas características proteger predominante ou quase que exclusivamente bens ou Direitos individuais. Quem se der o trabalho de ir às fontes observará o quão pouco essa afirmativa procede. Bens (ou Direitos subjetivos) do Estado eram considerados hierarquicamente superiores pela unânime doutrina do séc. XVIII. O argumento geralmente utilizado era o de que Direitos do Estado constituiriam condições dos Direitos do indivíduo, de modo que aqueles seriam “muito mais sagrados e a sua lesão muito mais punível” que os últimos.³⁴ Além disso, o delito de alta traição era tido de modo incontestado como o mais grave de todos³⁵.

O ATAQUE DIFERENCIADO: BENS JURÍDICOS COLETIVOS SOB SUSPEITA E BENS ACIMA DE QUALQUER SUSPEITA

Como a estratégia de ataque geral não se mostra sustentável, parece indicado tentar um ataque mais diferenciado, que seja ao menos capaz de dar conta do argumento da corrupção. É nesse sentido que vêm manifestando-se vários doutrinadores, que, mesmo partindo de argumentos um tanto diversos, chegam

a conclusões similares. Essas conclusões traçam uma linha divisória entre os bens coletivos, lançando sobre alguns uma séria suspeita e qualificando outros como bens acima de qualquer suspeita. Em geral, diz-se que o primeiro grupo de bens jurídicos coletivos seria de falsos bens coletivos ou de bens coletivos aparentes (*Scheinrechtsgüter*). Os *bens sob suspeita* seriam, além da saúde pública e da capacidade de funcionamento do sistema de crédito, a paz pública, a segurança pública, a incolumidade pública (nos chamados crimes de perigo comum), a segurança no trânsito (nos crimes de trânsito).³⁶

Mas, o *argumento da corrupção* não demonstra apenas que as teorias personalistas, radical e moderada são insuficientes. Dele se pode extrair uma segunda conclusão: a de que existe pelo menos um bem jurídico coletivo legítimo, o tutelado pelo tipo da corrupção.³⁷ E se existe já um bem coletivo, parece um tanto improvável que ele seja o único. Dentre os bens que não costumam ser questionados estão, além daqueles por trás dos delitos de corrupção, os por trás dos delitos de proteção do Estado, dos delitos de falsificação de moeda e dos delitos contra a administração da justiça.

A pergunta agora é com base em que critérios se procede a essa distinção. É disso que em seguida nos ocuparemos.

OS ARGUMENTOS CRÍTICOS

● 1. NAVALHA DE OCKHAM (SCHÜNEMANN)

Um dos maiores críticos dos chamados bens jurídicos coletivos aparentes, Schünemann, propôs contra eles, além do argumento que veremos a seguir, o princípio metodológico da navalha de Ockham. *Entia non sunt multiplicanda*. Não seria permitido postular um bem jurídico coletivo lá onde “é possível encontrar sem maiores dificuldades um bem individual”.³⁸ Dever-se-ia partir da “máxima pragmática” segundo a qual um tipo penal “em caso de dúvida, deve ser entendido como um delito de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos individuais”.³⁹ Assim, no caso do estelionato de crédito mencionado anteriormente, bastaria dizer que o bem tutelado é o patrimônio, bem individual; a menção ao bem coletivo da capacidade de funcionamento do sistema de crédito seria desnecessária e, portanto, errônea.

A objeção apresenta, contudo, um problema. Permanece obscuro quando “é possível encontrar sem maiores dificuldades um bem individual”; noutras

palavras, permanece obscuro em que plano o argumento opera, se no ontológico ou no normativo. Se a navalha de Ockham for entendida como uma tese ontológica, que diz respeito àquilo que existe no mundo, ela diria que não se deve supor o mundo povoado de mais objetos (no caso: de mais entidades coletivas) do que o necessário para fazer sentido dele (e dos tipos penais).

Isso é estranho – pois a questão não pode ser a da existência ou não, por exemplo, do sistema de crédito. Se a tese é entendida como algo normativo, isto é, como a afirmativa de que o bem coletivo é, em certos contextos, irrelevante, então se teria de fornecer critérios de relevância – questão a que logo retornarei (abaixo, “c”).

A intuição por trás desse argumento é, contudo, correta. Recordemos: o problema dos bens jurídicos coletivos está em que eles solucionam todos os problemas. A opinião dominante argumenta que o tipo do estelionato de crédito tem que proteger um bem coletivo, alegando que, doutro modo, não se poderia legitimizar a antecipação da tutela por meio de um delito de perigo abstrato.⁴⁰

Por trás do argumento de Schünemann está a recusa a uma tal multiplicação de entes feita com o único sentido de dar razão ao legislador. Se isso for possível, terão razão os que recusam a ideia de bem jurídico: estar-se-á privando o conceito de bem jurídico de qualquer função de controle da racionalidade da decisão legislativa de incriminar, reduzindo-o a um artifício ideológico, a um coringa útil para fazer parecer racional qualquer decisão do legislador, por mais arbitrária que ela de fato seja. Daí já se pode derivar algo inquestionavelmente correto: dar razão ao legislador. Noutras palavras, justificar um dispositivo penal não é nunca uma razão suficiente para postular um novo bem jurídico. Um bem jurídico capaz de exercer uma tal função de controle, e que não se esgote numa mera reafirmação circular de que o legislador está sempre certo, tem de ser algo valioso por razões independentes do mero fato de que há uma proibição em sua defesa. O bem é protegido porque valioso, e não valioso porque protegido.

Pode-se, assim, formular uma primeira conclusão intermediária, sob a forma de uma *regra n° 1*, que também poderia ser chamada de *teste da circularidade*: *o fato de que um dispositivo penal não seria legitimável sem um bem coletivo não fornece qualquer razão para postular um tal bem.*

● **2. BENS APARENTES COMO MERA SOMA DE BENS INDIVIDUAIS**

Alguns autores, como Roxin⁴¹, Schünemann⁴², Hefendehl⁴³, Hörnle⁴⁴ e Anastosopoulou⁴⁵ vêm questionando o próprio *status* ontológico dos bens sob suspeita, alegando, principalmente, que esses bens não seriam mais do que nomes, do que palavras cujo significado real não é outra coisa que a soma de certos bens individuais. Essa soma não é uma outra entidade, coletiva e diversa das partes individuais que a compõem. Por exemplo, a saúde pública não seria um bem coletivo, porque inexistiria um corpo coletivo que possa ser saudável ou enfermo. A saúde pública não passaria de um nome que agrega a soma de todas as saúdes individuais⁴⁶. O mesmo se poderia dizer da capacidade de funcionamento do sistema de crédito: ela é constituída da soma de bens individuais, a saber, dos patrimônios das instituições de crédito.⁴⁷

Também esse argumento se funda em *algo correto*, a saber, na definição de bem jurídico coletivo acima explicitada. Bens jurídicos coletivos são bens indivisíveis, e não bens de um número indeterminado de indivíduos. A afetação de um número indeterminado de indivíduos não significa que o bem em questão seja coletivo.⁴⁸

A grande insuficiência desse argumento é a sua roupagem ontologicista. O argumento se propõe, abertamente, a distinguir bens coletivos verdadeiros e falsos. Ele formula assertivas sobre o ser, sobre o que existe de verdade e o que é mera aparência. Ao contrário do que pensam os normativistas,⁴⁹ esse modo de proceder não é problemático *per se*; mas, não se pode desconhecer as limitações a ele inerentes.

Em primeiro lugar, o argumento ontológico é bastante pretensioso. Se existe ou não uma saúde “pública”, isto é, se existem dimensões da saúde irreduzíveis às saúdes individuais, é, em última análise, uma difícil questão de ontologia social, isto é, da teoria que enumera as entidades existentes no mundo que chamamos de sociedade. Uma descrição individualista ou atomista da sociedade, que considera somente existirem entidades individuais, e nunca agregados, teria mais facilidade em aceitar esse argumento do que uma descrição coletivista ou organicista, que considera os indivíduos meros acidentes daquilo que é essencial, algo como a nação, o Estado, as instituições ou sis-

temas sociais. A abordagem mais correta e mais condizente com o moderno liberalismo político é, isso sim, tornar as questões de justificação política e normativa independentes de outros problemas filosófico-gerais, entre os quais estão os de ontologia social.⁵⁰

Essa fraqueza não é meramente teórica, mas faz-se sentir no debate jurídico mais concreto. O deslocamento da discussão para o plano ontológico torna o crítico vulnerável a réplicas também ontológicas. O argumento perde boa parte de sua força tão logo o defensor do bem coletivo posto sob suspeita deixe de se referir ao número indeterminado de afetados e passe a apontar para algo indivisível, principalmente para uma instituição social. Tome-se, em concreto, o bem saúde pública.

O defensor da opinião dominante pode, por um lado, fixar-se na ideia de que existe algo como um corpo coletivo;⁵¹ ele pode, também, valer-se de uma abordagem menos filosófica e alegar que se trata do “interesse do Estado na manutenção de cidadãos saudáveis e de uma ordem social vital”.⁵² Ele pode lembrar que há uma diferença entre uma situação em que várias pessoas estão doentes e uma epidemia; que ruas limpas, hospitais eficientes e disponíveis, ar puro, um bom sistema de saneamento, vacinação: todos são elementos que fazem parte disso que ele está chamando de saúde pública. Ele pode apontar para o Direito Constitucional e Administrativo,⁵³ que não têm qualquer problema com a ideia, o que, para o defensor do argumento ora examinado, é um tanto estranho, porque significa que, a seu ver, ou a inexistência da saúde pública opera efeitos só para o Direito Penal, sendo difícil entender essa noção de inexistência setorial, ou os outros ramos do Direito trabalham com um fantasma sem o saber. Algo similar se poderia dizer da economia de créditos. Ao invés de apontar para os investidores e seus interesses, pode o defensor de bem coletivo falar de quão melhor é uma sociedade em que existe o crédito, uma vez que ainda mal teríamos saído das cavernas se novas ideias e empreendimentos sempre dependessem de capital próprio para poderem ser realizados.⁵⁴

Ainda assim, pode-se formular uma segunda conclusão intermediária, sob a forma de uma *regra n° 2*, que poderíamos batizar de *teste da divisibilidade*: *o fato de que um número indeterminado de indivíduos têm interesse em um bem não é uma razão para postular um bem coletivo.*

● **3. FALTA DE UM OBJETO “POR TRÁS”
DA NORMA DE CONDOTA (AMELUNG)**

Para Amelung, o caráter liberalizante da teoria do bem jurídico, mesmo enquanto conceito meramente dogmático, está em que ela serve de baluarte contra o moralista e déspota no Direito Penal. Tanto o moralista quanto o déspota seriam aqueles que entendem que uma norma se justifica por ela mesma, sem necessidade de um objeto “por trás” dela, passível de afetação negativa em caso de desobediência.⁵⁵ Muitos dos bens que Amelung considera aparentes se refeririam, porém, a fenômenos que não se encontram “por trás” das correspondentes normas de conduta, mas não seriam mais do que uma redescrição de uma sociedade em que há uma obediência generalizada a essas normas.⁵⁶ Por exemplo: a segurança pública não seria um bem afetado em decorrência de comportamentos delituosos, mas a própria situação de não cometimento de comportamentos delituosos.⁵⁷ O mesmo se poderia dizer quando alguém considera que um sentimento⁵⁸ ou a confiança em algo⁵⁹ é o objeto tutelado por um tipo penal.

Há uma *insuficiência* no argumento: ele é meramente conceitual, de modo que ele convida a uma réplica que se mova igualmente nesse plano conceitual. O argumento é conceitual, porque ele identifica a segurança, a confiança e certos sentimentos com o respeito à norma. A isso se pode, contudo, replicar que não se está falando do próprio respeito à norma, mas sim de algumas de suas consequências fáticas positivas: no caso da segurança, por exemplo, o fato de que se possa passear na rua também à noite, de que ninguém precise se preocupar se os filhos demoram para chegar em casa etc.

Se Amelung quer reservar o termo segurança para designar o próprio atendimento à norma, o crítico pode ceder e falar não mais em segurança, e sim em segurança e com ela designar essas consequências fáticas positivas. O argumento de Amelung não impede que o defensor do bem coletivo diga que o que lhe importa é a segurança, um bem coletivo – porque pertencente a todos os indivíduos de modo não distributivo – e que, de fato, não se confunde com o atendimento à norma de conduta.

As considerações de Amelung partem, contudo, de uma *intuição correta*, que cumpre agora explicitar. Como no nosso argumento da corrupção, o mais recomendável será partir de algo seguro. Aqui dispomos da inquestionável

proposição de que o tipo penal do furto tutela um bem jurídico individual (*argumento do furto*).⁶⁰ A intuição por trás do argumento de Amelung é a de que a menção de consequências que se situam no mesmo plano que compõem a segurança de que se falou acima leva, em última análise, a que todo tipo penal seja entendido como protetor de bens coletivos.

Até no tipo penal do furto, por trás do bem jurídico lesionado por uma dada violação da norma, a saber, a propriedade sobre a coisa concreta, é possível encontrar a instituição social da propriedade (e, evidentemente, também a segurança), que, como instituição, é algo indivisível e, portanto, coletivo. Ou seja, não se trata de que os bens jurídicos criticados inexistam (o que é, novamente, uma questão de ontologia social), mas apenas de que a sua afetação *não apresenta qualquer conteúdo de desvalor adicional* ao da afetação do bem individual.

Pode-se perguntar por quê. Parece que, no Direito Penal, os bens jurídicos coletivos se manifestam de duas maneiras. O primeiro grupo, ao qual pertencem os bens jurídicos dos delitos de corrupção e também os dos delitos contra a administração da justiça, de falsificação de moeda, de proteção do Estado e contra o meio ambiente, se manifesta, por assim dizer, de modo *direto*. A agressão a esses bens só pode ser imaginada como uma agressão direta, a afetação colateral de um ulterior bem individual pelo mesmo comportamento proibido é algo meramente contingente. Um falso testemunho pode ter por consequência uma lesão à liberdade individual ou ao patrimônio de uma das partes no processo, mas isso não tem necessariamente de ocorrer.

Os bens coletivos do segundo grupo, por sua vez, não se manifestam jamais de maneira direta, mas sempre *mediados* por outro bem jurídico mais preciso, (em regra) individual. A agressão a esses bens, contrariamente ao que ocorre no primeiro grupo, só pode ser imaginada como agressão indireta, porque seu objeto mediato é sempre o bem individual mais concreto. A afetação do bem coletivo se esgota num reflexo dessa afetação ao bem individual. Tal é o caso em bens como a propriedade enquanto instituição social, na saúde pública e também na segurança em suas várias formas. Esses bens parecem não poder ser diretamente atacados de modo penalmente relevante. A agressão penalizável à instituição da propriedade ou à segurança do trânsito tem sempre que simultaneamente dirigir-se a bens dos indivíduos.

A agressão isolada e direta ao bem coletivo sequer parece concebível como injusto penal. Uma agressão direta, não mediados, à instituição da propriedade foi, por exemplo, a consolidação da chamada função social da propriedade nas constituições modernas,⁶¹ a saúde pública seria atacada diretamente se se fecham hospitais, a segurança do trânsito se se suspender o controle eletrônico de velocidade nas estradas. Nenhum desses comportamentos, porém, pode constituir um ilícito penal. É justamente o fato de que a agressão direta (não mediada por um bem individual) a esses bens coletivos sequer é imaginável como algo punível, que prova que esses bens não têm qualquer relevância para o Direito Penal e que, portanto, eles não podem fundamentar qualquer dispositivo.

Ao contrário do que diz a teoria dos bens jurídicos aparentes, o problema desses bens não é que eles inexistem, e sim que *eles, mesmo se existentes, carecem de específica relevância para o Direito Penal*. Pode-se encontrar por trás de todo bem jurídico individual um similar bem coletivo, o que prova que a afetação desse bem coletivo não é algo de conteúdo de desvalor autônomo em face da afetação do bem individual correspondente. E a vantagem da abordagem aqui proposta em comparação com as teses dos bens jurídicos aparentes de que estamos cuidando e acabamos de cuidar é que ela se move no plano normativo, e não mais no plano semântico ou ontológico. Réplicas semânticas ou ontológicas perdem, assim, sua força.

E, com isso, pode-se formular uma *regra nº 3*, que se pode chamar de *teste da não especificidade: não é permitido postular um bem coletivo como objeto de proteção de uma determinada norma penal se a afetação desse bem necessariamente pressupõe a simultânea afetação de um bem individual*.

● 4. APLICAÇÃO DAS TRÊS REGRAS A CERTOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

É evidente que as três regras propostas – o teste da circularidade, o teste da distributividade e o teste da não especificidade – têm caráter apenas negativo, isto é, que elas fixam condições necessárias, mas não suficientes para a postulação de um bem coletivo. Elas precisam ser complementadas por um argumento positivo, que fundamente por que o objeto que se quer proteger tem valor. Deixarei em aberto se é possível formular regras gerais a esse respeito.

Por ora, interessa aplicar os critérios propostos aos quatro tipos penais inicialmente mencionados:⁶²

O *estelionato de crédito* (§ 265b *StGB*) não protege qualquer bem jurídico coletivo, e sim *o patrimônio de quem faz o empréstimo*.⁶³ Os perigos para o patrimônio de quem faz o empréstimo, para o patrimônio de seus credores e para o patrimônio dos credores de quem toma o empréstimo, apesar de mencionada a exposição de motivos,⁶⁴ não passam no teste da divisibilidade. A referência a dimensões da economia de créditos que passam nesse teste é reprovada, por sua vez, no teste da não especificidade, uma vez que é impossível atacar diretamente a economia de créditos de modo jurídico-penal relevante sem ao menos criar perigo abstrato para o patrimônio de pessoas individuais.

Tampouco a saúde pública, dos delitos de tóxico do Direito alemão e brasileiro, passa no teste da não especificidade. A afirmação de que sem a saúde pública ter-se-ia um paternalismo injustificável é excluída pelo teste da circularidade. E as dimensões do bem que superam o teste da divisibilidade não superam o teste final, uma vez que elas jamais são diretamente atacáveis, mas apenas em conjunto, pelo menos com um perigo abstrato para bens individuais.

E a incolumidade pública, suposto bem jurídico da lei de armas de fogo (Lei 10.826/2003) e de seu mencionado Art. 15, tampouco é passível de um ataque direto e isolado, que não consubstancie pelo menos um perigo abstrato para os bens individuais *vida. Integridade física ou propriedade*. O fato de esses bens pertencerem a todos os indivíduos não os transforma em coletivos, porque não está superado o teste da divisibilidade.

NOTAS

1 Amplas referências em: GRECO, L. *Modernização do Direito Penal: bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 4 e ss.

2 Por todos: ROXIN, C. “Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal”. Tradução Luís Graco. In: *Estudos de Direito Penal*, 2006. p. 78 e ss. (p. 81); WOHLERS, W. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik ‘moderner’ Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, especialmente p. 281 e ss.; mais referências em GRECO, L. *Modernização do Direito Penal: bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 25 e ss.

3 Para uma síntese GRECO, L. “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 49, 2004. p. 89 e ss.. *Idem*. “Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal”. In: SCHMIDT, A. Z. (coord.). *Novos rumos do Direito Penal contemporâneo: livro em Homenagem a Cezar Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401 e ss.

4 GRECO, L. “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 49, 2004. p. 116, 117. *Idem*, Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal”. In: SCHMIDT, A. Z. (coord.). *Novos rumos do Direito Penal contemporâneo: Livro em Homenagem a Cezar Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 409. *Idem*, “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 StGB)”. In: *RBCC*, nº82, 2010, p. 165 e ss. (p. 182). Apontando para a necessidade de formular critérios também HIRSCH, HJ. “Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?”. In: KÜHNE, HE. & MIYAZAWA, K.(coord.). *Neue Strafrechtsentwicklung im deutsch-japanischem Vergleich*. Hürt: Carl Heymann, 1995, p. 11 e ss. (15); WOHLERS, W. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik ‘moderner’ Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000,. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 166.

5 GRECO, L. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 349 e ss. *Idem*. “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 StGB)”. In: *RBCC*, nº82, 2010. p. 174 e ss. *Idem*. “Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie”. In:

HEFENDEHL, R. (coord.). *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*. Berlin: BWV, 2010. p. 63 e ss. *Idem*. “A crítica de Stuart Mill ao paternalismo”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Vol. 54 Fasc. 227, 2007. p. 321 e ss.

6 Sobre a utilização legitimista de bens coletivos, ver: KRÜGER, M. *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p. 57 e ss. Ademais, Volk, K. “Strafrecht und Wirtschaftskriminalität”. In *JZ*, 1982, p. 85 e ss. (87 e s.); HASSEMER, W. “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”. In: *NStZ*, 1989. p. 553 e ss. (557). *Idem*, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”. In: *ZRP*, 1992. p. 378 e ss. (381); SEELMANN, K. “Risikostrafrecht”. In: *KritV* 1992, p. 452 e ss. (453 e s.); Weigend, T. “Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?”. In: SCHMOLLER, K. (coord.). *Festschrift für Triffterer*. Springer, 1996, p. 695 e ss. (699 e ss.).

7 Bundestag-Drucksache 7/5291, p. 14; na doutrina AUFSATZ, W. B. “Das Wirtschaftsstrafrecht in der BRD – Lösungen und Defizite”. In: *Wistra*, 1991. p. 1 e ss. (7 e s.); LACKNER, K. & KÜHL, K. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 26. ed., 2007, § 265 b nm 1; LAMPE, EJ. “Überindividuelle Rechtsgüter. Institutionen und Interessen”. In: SIEBER et al. (coord.). *Festschrift für Tiedemann*. Heymanns, 2008. p. 37 e ss., apesar de crítico; *Ibid idem*, p. 79 e ss. (101); LENCKNER/PERRON In: SCHÖNKE/SCHRÖDER. *StGB*. 28. ed. 2010, § 265b n° 3; LK-Tiedemann, 11a ed. 1996, § 265b n° 9. *Idem*, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, 2006 n° 17; MK-Wohlers, § 265b n° 1; da jurisprudência OLG Stuttgart, *NStZ* 1993, 545; OLG Celle, *wistra* 1991, 359.

8 SCHMITT, R. “Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?”. In: SCHROEDER, FC. & ZIPF, H. (coords.). *Festschrift für Maurach*. Müller: C F Beck, 1972. p. 113 e ss. (125); Malek, K. *Betäubungsmittelstrafrecht*, 3. ed. 2008, cap. 2 n° 2; Körner. “BtMG AMG” 6. ed. 2007, § 29 n° 236 e ss.; WEBER, K. *Betäubungsmittelgesetz Kommentar*. 3. ed. München: CH Beck, 2009. § 1 n° 3 e ss.

9 DA SILVA, C. D. M. *Estatuto do Desarmamento*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 42.

10 FILHO, V. G. & RASSI, J. D. *Lei de Drogas Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

11 Cf. acima nota 6.

12 Mais detalhes em GRECO, L. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 309 e ss.

13 Mais detalhes em *Ibid idem*, p. 333 e ss.

14 Exemplos em: MK-Radtke, vor § 38 ff. n° 2; Kudlich. In: SSatzger/Schmitt/Widmaier (coords.), *StGB*, 2009, vor § 13 ff. n° 5.

15 Por exemplo: NK-Hassemer/Neumann, vor § 1 n° 127; Lenckner/Eisele. In: SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor § 13 n° 9.

16 HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002. p. 111 e ss. *Idem*. “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”. In: _____; WOHLER, W.; VON HIRSCH, A. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 119 e ss. (126 e ss.).

17 ALEXY, R. “Individuelle Rechte und kollektive Güter”. In: WEINBERGER, O. *Internationales Jahrbuch für Philosophie und Gesetzgebung, 1989: aktuelle probleme der demokratie*. Áustria: Manz, 1989. p. 49 e ss. (54 e ss.).

18 Assim também: *Idem*, p. 54 e ss.; KORIATH, J. “Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts”. In: *GA*, 1999. p. 561 e ss. (564); HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002. p. 123. Já KUHLEN, L. “Umweltstrafrecht: auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”. In: *ZStW*, n° 105, 1993. p. 697 e ss. (704) baseia-se na não exclusividade do gozo.

19 Cf. HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002. p. 113, que dá o exemplo do bem “segurança do dinheiro”, a seu ver defendido pelos tipos contra falsificação de moeda.

20 FERRAJOLI, L. *Diritto e Ragione*. 5. ed. Roma, 1998, p. 481

21 TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 216 e ss.; ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Derecho penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 489 (N° 7). Para o Direito Penal Ambiental, ver: HOHMANN, O. “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”. In: *GA*, 1992, p. 76 e ss. Se Ferrajoli é ou não tão radical, permanece a meu ver obscuro – cf. a minha crítica em GRECO, L. “Recht und Vernunft – Zur Straftheorie Luigi Ferrajolis”. In: *Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte*, n° 10, 2008/2009. p. 192 e ss. (200).

22 HASSEMER, W. “Grundlinien einer personale Rechtsgutslehren”. In: PHILIPPS, L. & SCHOLLER, H. (coord.). *Jenseits des Funktionalismus*. Decker & Müller, 1989. p. 85 e ss. (92).

23 HASSEMER, W. “Grundlinien einer personale Rechtsgutslehren”. In: PHILIPPS, L. & SCHOLLER, H. (coord.). *Jenseits des Funktionalismus*. Decker & Müller, 1989. p. 91 e ss. *Idem*. “Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?”. In: HEFENDEHL, R.; VON HIRSCH, A. & WOHLERS, V. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 57 e ss. (57). Mais referências em GRECO, L. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 314 n. 470.

24 Vide, porém: Roxin, AT § 2 n° 11. *Idem*, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”. In: HEFENDEHL, R. (coord.). *Empirische und dogmatische Fundamente: kriminalpolitischer Impetus*. Heymanns, 2005, S. 135 ff. (139), que se limita a uma afirmação similar e por isso considera a sua teoria personalista, no que, a meu ver, não lhe assiste razão.

25 Digo “em princípio” por duas razões: primeiramente, por causa da manifestação Weigend. “Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Verletzten”. In: *ZStW*, n° 98, 1986, p. 44 e ss., 52 e ss., 57, que pode ser entendida no sentido de uma teoria coletivista; segundo, porque os dois contextos em que existem propostas de desvincular a proteção penal de interesses humanos (Direito Penal ambiental e crueldade com animais), na verdade, nada têm a ver com a questão dos bens coletivos. O valor intrínseco que se atribui ao meio ambiente ou aos animais é entendido como independente não apenas de indivíduos, mas também dos seres humanos enquanto coletividade.

26 No mesmo sentido: HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002. p. 73, 82 (“obviedade”), com referências de antigos defensores da posição contrária à p. 67 e ss.

27 Bundestag-Drucksachen. 6/3250 p. 258.

28 KARGL, W. “Parteispendenakquisition und Vorteilsannahme”. In: *JZ*, 2005, p. 503 e ss. (512); HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002. p. 321 (além do aspecto mencionado à nota anterior).

29 *Heine*. In: SCHÖNKE/SCHRÖDER *StGB* § 331 n° 3: “capacidade de funcionamento do aparato estatal”.

30 LACKNER, K. & KÜHL, K., *StGB* § 331 n° 1 falam num “bem jurídico complexo”.

31 Assim também KUHLEN, L. “Umweltstrafrecht: auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”. In: *ZStW*, n° 105, 1993. p. 704; de acordo, ANASTOSOPOULOU. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*. München: Beck, 2005. p. 43.

32 Ao que parece, nesse sentido KARGL, W. “Vertrauen als Rechtsgutsbestandteil”. In: NEUMANN, U. & PRITTWITZ, C. (coord.). *Personale Rechtsgutslehre und Opferorientierung im Strafrecht*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 41 e ss. (77 e ss.).

33 Mesma conclusão em: KUHLEN, L. “Umweltstrafrecht: auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”. In: *ZStW*, n° 105, 1993. p. 703 e ss.; SCHÜNEMANN, B. “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”. In: *GA*, 1995, p. 201 e ss. (208 e ss.); KRÜGER, M. *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 74 e ss., p. 74 e ss., 80 e ss.; HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002, p. 61 e ss.

34 FEUERBACH, P. J. A. *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*. Henning, 1798, p. 14 (citação). Vide ademais: BECCARIA, C. “Dei Delitti e delle Pene”. In: FIRPO, L. (coord.). *Opere di Cesare Beccaria*. Vol. I. Milano: Medioblanca, 1984, § VIII; GLOBIG, HE & HUSTER, J. G. *Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*. Zürich | Erscheinungsjahr, 1783, p. 39; GROLMAN, K. *Ueber die Begründung des Strafrchts und der Strafgesetzgebung*. Heyer, 1799, p. 162 e ss.; KLEINSCHROD, G. A. K. *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*. Vol. I. 2. ed., 1799, p. 33; e também WIELAND, E. C. *Geist der peinlichen Gesetze*. Vol. I. Kummer, 1783, § 236, para o qual delitos contra o indivíduo eram “injúrias indiretas da sociedade civil”; VON HUMBOLDT, W. *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*. Reclam, 1967 (escrito em 1792, publicado em 1851), Cap. XIII (p. 162). Similar: GROS, K. *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*. 2. ed. Cotta, 1805, § 366.

35 FEUERBACH, P. J. A. *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*, Henning, 1798, p. 10. *Idem*. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14. ed. G F Heyer, 1847, § 162 nota. 2; ademais: BECCARIA, C. “Dei Delitti e delle Pene”. In: FIRPO, L. (coord.). *Opere di Cesare Beccaria*. Vol. I. Milano: Medioblanca, 1984. § VIII; BERGK, J. A. *Die Philosophie des peinlichen Rechts*. Erbstein, 1802, p. 120; GLOBIG, HE & HUSTER, J. G. *Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*. Zürich |

Erscheinungsjahr, 1783. p. 168; KLEIN, E. F. *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*. Hemmerde und Schwetschke, 1796. § 506; KLEINSCHROD, G. A. K. *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*. Vol. I. 2. ed., 1799, p. 34; STELZER, C. J. L. *Lehrbuch des teutschen Criminalrechts*. Halle, 1793, § 101; substancialmente também: WIELAND, E. C. *Geist der peinlichen Gesetze*. Vol. I. Kummer, 1783, § 258; vol. II, § 343, que ainda fala imprecisamente em crime de lesa-majestade.

36 Referências abaixo.

37 Similar: HEFENDEHL, R.; VON HIRSCH, A. & WOHLERS, V. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 121, que não parte porém só do argumento da corrupção, mas se refere ademais a delitos contra a administração da justiça e de falsificação de moeda.

38 SCHÜNEMANN, B. “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht”. In: KÜHNE, HH. & MIYAZAWA, K. *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*. Berlin, 2000, p. 15 e ss. (27).

39 SCHÜNEMANN, B. p. 25 e ss.

40 Por exemplo LENCKNER/PERRON, Schönke/Schröder § 265b n° 3; MK-Wohlens § 265b n° 2.

41 ROXIN, C. “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”. In: HEFENDEHL, R. (coord.). *Empirische und dogmatische Fundamente: kriminalpolitischer Impetus*. Heymanns, 2005, p. 143. *Idem.* AT § 2 n° 46 e ss., 75 e ss. *Idem.* “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”. In: HERZOG, F. & NEUMANN, U. (coords.). *Festschrift für Hassemer*. Müller: C F Beck, 2010, S. 561 (568).

42 SCHÜNEMANN, B. “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht”. In: KÜHNE, HH. & MIYAZAWA, K. *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*. Berlin, 2000, p. 26, 28. *Idem.* “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”. In: HEFENDEHL, R.; VON HIRSCH, A. & WOHLERS, V. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 133 e ss. (149 e ss.). *Idem.* “Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat”. In: VON HIRSCH, A.; WOHLERS, V. & SEELMANN, K. (coords.). *Mediating principles*. Nomos, 2006, p. 18 e ss. (26).

43 HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002, p. 82.

44 HÖRNLE, T. *Grob anstössiges Verhalten*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2005, p. 88.

45 ANASTOSOPOULOU. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*. München: Beck, 2005, p. 43 e ss., 237 e ss., 296 e ss.

46 Nesse sentido Roxin, AT § 2 n° 46; ademais FRISCH, W. “An den Grenzen des Strafrechts”. In: KÜPER, W. & WELP, J.(coords.). *Festschrift für W. Stree und J.Wessels*. Heidelberg, 1993, p. 69 e ss. (94); KÖHLER, M. “Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht”. In: *ZStW*, n° 104, 1992, p. 3 e ss. (27 e s.); WOHLERS, W. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik ‘moderner’ Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p. 191; HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002; SCHÜNEMANN, B. “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”. In: HEFENDEHL, R.; VON HIRSCH, A. & WOHLERS, V. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 146 e ss.; ANASTOSOPOULOU. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*. München: Beck, 2005, p. 270; NK-Puppe vor § 13 n° 189.

47 HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002, p. 118, 260 e ss.

48 Cf.: KRÜGER, M. *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 120 e ss., fazendo referência ao homicídio qualificado por meio que causa perigo comum; HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002, p. 141.

4- Principalmente: JAKOBS, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1991 p. VII e ss.

50 Em especial: RAWLS, J. “Reply to Habermas”. In: *Political Liberalism: Expanded Edition*. Columbia University Press, 2005, p. 372 e ss. (374 e ss.); LARMORE, C. “The Moral Basis of Political Liberalism”. In: _____. *The Autonomy of Morality*. Cambridge University, 2008, p. 139 e ss. (144 e ss.). Argumentação similar já em: GRECO, L. “Sobre a legitimidade da proibição penal do doping nos esportes profissionais”. In: ROXIN, C. & GRECO, L. *Doping e Direito Penal*. Tradução Alaor Leite, 2011 (no prelo).

51 Nesse sentido, ao que parece, a exposição de motivos da lei alemã de tóxicos, Bundestags-Drucksache VI/1877, p. 5.

52 Beulke/Schröder. “Abgabe von Rauschgift und bewusste Selbstgefährdung”. In: *NStZ* 1991, p. 392 e ss. (394).

53 Cf. com muitas ulteriores referências: STEINER, U. “Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit”. In: *MedR*, vol. 1, n° 6, 2003, p. 1 e ss.; FRENZEL, E. M.. *Die Volksgesundheit in der Grundrechtsdogmatik*. DÖV, 2007, p. 243 e ss. (cujas críticas se dirigem predominante a aspectos terminológicos).

54 Nesse sentido especialmente: LAMPE, E. J. *Kreditbetrug*, p. 38 e ss., que descreve com cuidado os aspectos supra-individuais do bem protegido pelo § 265b *StGB*, considerando-os impassíveis de ser lesionados; AUFSATZ, W. B. “Das Wirtschaftsstrafrecht in der BRD – Lösungen und Defizite”. In: *Wistra*, 1991, p. 7, que resolve o problema da possibilidade de lesionar com a ideia de cumulação. Essa estrutura argumentativa, isso é, a menção de dimensões não distributivas e por isso indiscutivelmente coletivas do bem protegido, aparece principalmente em *Tiedemann*, também no que se refere ao Direito Penal econômico em geral: TIEDEMANN, K. *Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung*. In: TIEDEMANN, K. (coord.). *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2. ed., 1972, p. 9 e ss. (10 e ss.). *Idem*, Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?. In: *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages*, 1972, C 19 e ss. *Idem*. *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Übersicht*, JuS 1989, 689 e ss. (691). *Idem*. *Wirtschaftsbetrug*, 1999, p. XII. *Idem*. *Wirtschaftsrecht AT*. 3. ed. 2010, n° 45.

55 AMELUNG, K. “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”. In: HEFENDEHL, R.; WOHLER, W.; VON HIRSCH, A. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003. S. 155 ff. (171 ff.).

56 *Ibid idem* , p. 169 e ss.

57 *Ibid idem* , p. 172 e s.

58 *Ibid idem* , p. 171 e s.

59 *Ibid idem* , p. 172.

60 Pouco importando se esse bem é a propriedade (nesse sentido, por exemplo: *Eser/Bosch*. In: SCHÖNKE/SCHRÖDER *StGB* § 242 n° 1/2) ou a propriedade e a guarda (nesse

sentido, por exemplo: LACKNER, K. & KÜHL, K. *StGB* § 242 n° 1). Por considerações de estilo falarei apenas na propriedade, mas o argumento que desenvolvo não sofreria qualquer alteração de conteúdo se se mudasse o ponto de referência para esses dois bens.

61 O que, entenda-se, é uma observação, e não uma crítica.

62 Deve estar claro que os bens dos tipos do primeiro grupo acima, item 5, mencionado superam os três testes, o que não precisa ser explicitamente demonstrado. Tenho dúvidas quanto ao caráter coletivo dos bens tutelados pelos tipos de falsidade documental e dos delitos contra a concorrência, uma vez que, ao menos à primeira vista, esses bens não parecem superar o teste da não especificidade mas essa questão teria de ser objeto de reflexão mais detida.

63 No mesmo sentido HEINZ, M. In: PARK, T. *Kapitalmarktstrafrecht*. 2. ed. 2008. T3 § 265b n° 2; HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002, p. 262 e ss.

64 Bundestag-Drucksache 7/5291, p. 14.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : ALEXY, R. “Individuelle Rechte und kollektive Güter”. In: WEINBERGER, O. *Internationales Jahrbuch für Philosophie und Gesetzgebung, 1989: aktuelle probleme der demokratie*. Manz, 1989.
- : AMELUNG, K. “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”. In: HEFENDEHL, R.; WOHLER, W. & HIRSCH, A. V. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- : ANASTOSOPOULOU. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*. München: Beck, 2005.
- : AUFSATZ, Wilfried B. “Das Wirtschaftsstrafrecht in der BRD – Lösungen und Defizite”. In: *Wistra*, 1991.
- : BECCARIA, C. “Dei Delitti e delle Pene”. In: FIRPO, L. (coord.). *Opere di Cesare Beccaria*. Vol. I. Milano: Medioblanca, 1984.
- : BERGK, J. A. *Die Philosophie des peinlichen Rechts*. Erbstein, 1802.
- : *Beulke/Schröder, Abgabe von Rauschgift und bewusste Selbstgefährdung, NStZ 1991*
- : BIZZOTTO, A.; RODRIGUES, A. de B. R. *Nova lei de drogas: comentários à Lei nº 11.343/06*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- : CAPEZ, F. *Estatuto do desarmamento: comentários à Lei n. 10.826, de 22-12-2003*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- : DA SILVA, C. D. M. *Estatuto do Desarmamento*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.
- : *Eser/Bosch, § 242*. In: SCHÖNKE/SCHRÖDER *StGB*
- : FERRAJOLI, L. *Diritto e Ragione*. 5. ed. Roma, 1998.
- : FEUERBACH, P. J. A. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14. ed. G F Heyer, 1847.
- : _____. *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*. Henning, 1798.
- : FILHO, V. G. & Rassi, J. D. *Lei de Drogas Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- : FRENZEL, E. M. *Die Volksgesundheit in der Grundrechtsdogmatik*. DÖV, 2007.
- : FRISCH, W. “An den Grenzen des Strafrechts”. In: KÜPER, W. & WELP, J. (coords.). *Festschrift für W. Stree und J. Wessels*. Heidelberg, 1993.
- : GLOBIG, H. E.; HUSTER, J. G. *Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*. Zürich | Erscheinungsjahr, 1783.
- : GRECO, L. “A crítica de Stuart Mill ao paternalismo”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Vol. 54 Fasc. 227, 2007.
- : _____. “Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal”. In: SCHMIDT, A. Z. (coord.). *Novos rumos do Direito Penal contemporâneo: livro em Homenagem a Cezar Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- : _____. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.
- : _____. *Modernização do Direito Penal: bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- : _____. “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 49, 2004.
- : _____. “Recht und Vernunft – Zur Straftheorie Luigi Ferrajolis”. In: *Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte*, nº 10, 2008/2009.
- : _____. “Sobre a legitimidade da proibição penal do doping nos esportes profissionais”. In: ROXIN, C & GRECO, L. *Doping e Direito Penal*. Tradução Alaor Leite, 2011 (no prelo).
- : _____. “Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie”. In: HEFENDEHL, R. (coord.) *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*. Berlin: BWV, 2010.
- : _____. “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 StGB)”. In: *RBCC*, nº 82, 2010.
- : GROLMAN, K. *Ueber die Begründung des Strafrchts und der Strafgesetzgebung*. Heyer, 1799.

- : GROS, K. *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*. 2. ed. Cotta, 1805.
- : HASSEMER, W. “Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?”. In: HEFENDEHL, R.; VON HIRSCH, A. & WOHLERS, V. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- : _____. “Grundlinien einer personale Rechtsgutslehren”. In: PHILIPPS, L. & SCHOLLER, H. (coord.). *Jenseits des Funktionalismus*. Decker & Müller, 1989.
- : _____. “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”. In: *ZRP*, 1992.
- : _____. “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”. In: *NStZ*, 1989.
- : Hassemer/Neumann, vor § 1. In: NK
- : HEFENDEHL, R. “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”. In: HEFENDEHL, R.; WOHLER, W. & VON HIRSCH, A. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- : _____. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Hürt: Carl Heymann, 2002.
- : _____; WOHLER, W. & VON HIRSCH, A. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- : *Heine*, § 331. In: SCHÖNKE/SCHRÖDER *StGB*
- : HEINZ, M. In: PARK, T. *Kapitalmarktstrafrecht*. 2. ed. 2008.
- : HIRSCH, H. J. “Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?”. In: KÜHNE, HE.; MIYAZAWA, K. (coord.). *Neue Strafrechtsentwicklung im deutsch-japanischem Vergleich*. Hürt: Carl Heymann, 1995.
- : HOHMANN, O. “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”. In: *GA*, 1992.
- : HÖRNLE, T. *Grob anstössiges Verhalten*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2005.
- : JAKOBS, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1991.

PREFÁCIO

- : KARGL, W. “Parteispendenakquisition und Vorteilsannahme”. In: *JZ*, 2005.
- : _____. “Vertrauen als Rechtsgutsbestandteil”. In: NEUMANN, U.; PRITTWITZ, C. (coord.). *Personale Rechtsgutslehre und Opferorientierung im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007.
- : KLEIN, E. F. *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*. Hemmerde und Schwetschke, 1796.
- : KLEINSCHROD, G. A. K. *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*. Vol. I. 2. ed., 1799.
- : KÖHLER, M. “Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht”. In: *ZStW*, nº 104, 1992.
- : KORIATH, J. “Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts”. In: *GA*, 1999.
- : KÖRNER. “BtMG AMG” 6. ed. 2007, § 29
- : KRÜGER, M. *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.
- : KUDLICH. “vor § 13 ff”. In: Satzger/Schmitt/Widmaier (coords.), *StGB*, 2009
- : KUHLEN, L. “Umweltstrafrecht: auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”. In: *ZStW*, nº 105, 1993.
- : LACKNER, K. & KÜHL, K. *StGB*, §§ 242 e 331
- : _____. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 26. ed., 2007, § 265
- : LAMPE, EJ. *Der Kreditbetrug (§§ 263, 265 b StGB)*, 1980
- : _____. “Überindividuelle Rechtsgüter. Institutionen und Interessen”. In: SIEBER et al. (coord.). *Festschrift für Tiedemann*. Heymanns, 2008.
- : LARMORE, C. “The Moral Basis of Political Liberalism”. In: _____. *The Autonomy of Morality*. Cambridge University, 2008.
- : LENCKNER/PERRON. “§265b”. In: SCHÖNKE/SCHRÖDER *StGB*, nº 28. ed. 2010

- : MALEK, K. *Betäubungsmittelstrafrecht*, 3. ed. 2008, cap. 2 n° 2
- : Puppe. vor § 13. In: *NK*
- : Radtke. vor § 38 ff. In: *MK*
- : RAWLS, J. “Reply to Habermas”. In: *Political Liberalism: Expanded Edition*. Columbia University Press, 2005.
- : ROXIN, C. “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”. In: HEFENDEHL, R. (coord.). *Empirische und dogmatische Fundamente: kriminalpolitischer impetus*. Heymanns, 2005.
- : _____. “Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal”. Tradução de Luís Graco. In: *Estudos de Direito Penal*, 2006.
- : _____. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck.
- : _____. “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”. In HERZOG, F.; NEUMANN, U. (coords.). *Festschrift für Hassemer*. Müller: C F Beck, 2010.
- : SCHMITT, R. “Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?”. In: SCHROEDER, FC.; ZIPF, H. (coords.). *Festschrift für Maurach*. Müller: C F Beck, 1972.
- : SCHÜNEMANN, B. “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”. In: HEFENDEHL, R.; VON HIRSCH, A. & WOHLERS, V. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- : _____. “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”. In: *GA*, 1995.
- : _____. “Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat”. In: VON HIRSCH, A; WOHLERS, V. & SEELMANN, K. (coords.). *Mediating principles*. Nomos, 2006.
- : _____. “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht”. In: KÜHNE, HH. & MIYAZAWA, K. *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*. Berlin, 2000.

PREFÁCIO

- : SEELMANN, K. “Risikostrafrecht: Die ‘Risikogesellschaft’ und ihre ‘symbolische Gesetzgebung’ im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht”. In: *Rechtswissenschaft (KritV)*, 1992
- : STEINER, U. “Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit”. In: *MedR*, vol. 1, n° 6, 2003.
- : STELZER, C. J. L. *Lehrbuch des deutschen Criminalrechts*. Halle, 1793.
- : TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- : TIEDEMANN, K. “§265b”. In: *LK*, 11. ed. 1996
- : _____. “Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?”. In: *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages*, 1972.
- : _____. “Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung”. In: _____. (coord.). *Die Verbrechen in der Wirtschaft*. 2. ed. 1972.
- : _____. *Wirtschaftsrecht AT*. 3. ed. 2010.
- : _____. *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Übersicht*. JuS, 1989.
- : _____. *Wirtschaftsstrafrecht BT*. 2006.
- : VOLK, K. *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*. In: *JZ*, 1982.
- : VON HUMBOLDT, W. *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*. Reclam, 1967.
- : WEBER, K. *Betäubungsmittelgesetz Kommentar*. 3. ed. München: CH Beck, 2009.
- : Weigend. “Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?”. In: SCHMOLLER, K. (coord.). *Festschrift für Triffterer*. Springer, 1996.
- : _____. “Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Verletzten”. In: *ZStW*, n° 98, 1986.
- : WIELAND, E. C. *Geist der peinlichen Gesetze*. Vol. I. Kummer, 1783.

- : WOHLERS, W. “§ 265b”. In: *MK*
- : _____. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik ‘moderner’ Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.
- : ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Derecho penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS?

Jan-Michael Simon

Tradução do Espanhol: Juan Cruz Galigniana

OS DIREITOS HUMANOS COMO CONCEITO DO SISTEMA JURÍDICO

Como afirma Tomuschat¹, o conceito de Direitos Humanos possui popularidade entre os advogados, os políticos e, de maneira geral, os atores sociais. Frequentemente recorre-se aos Direitos Humanos para apresentar críticas e demandas. Contudo, assim como sucede muitas vezes com outros termos populares, na maioria das vezes os fundamentos e elementos desse conceito permanecem difusos. Evidentemente, essa falta de clareza é ocasionada tanto pelo horizonte e pelas intenções de quem fala, como também depende da perspectiva de cada um no espaço público.

Desse modo, por exemplo, o discurso teológico cristão tomará como base para seu conceito de Direitos Humanos a Bíblia, mesmo o teólogo conhecendo as demais perspectivas conceituais sobre os Direitos Humanos. Por sua vez, o filósofo procurará estabelecer um sistema próprio que o permita classificar determinadas demandas como demandas dos Direitos Humanos, e desclassificar as outras demandas. Essa disputa jusfilosófica clássica acontece entre o campo jusnaturalista (Pufendorf, Kant, Hegel) em oposição ao campo juspositivista (Kelsen, Ross, Hart), incluindo por um lado as correntes realistas (Marx, Adorno) e as utilitaristas pelo outro (Mill, Rawls).

Finalmente, e não por isso menos importante, encontra-se também o discurso do jurista. O jurista classificará uma demanda como tema dos Direitos Humanos sempre que essa demanda for classificável como elemento do “sistema jurídico”. Obviamente, esse “sistema jurídico” requer, por sua parte, uma definição conceitual. E naturalmente apresentam-se aqui as mesmas diferenças jusfilosóficas que, no caso da disputa conceitual sobre os Direitos Humanos. Por isso, no intuito de evitar a desqualificação usual de ser considerado um mero “acrobata da linguagem”, ao jurista não lhe resta outra escolha possível a não ser tomar posição.

Essa posição é uma posição juspositivista, segundo a qual o sistema jurídico se caracteriza por dois critérios:

- primeiro, trata-se de um sistema normativo intersubjetivo, desenhado para ser aplicado a todos os membros de uma determinada comunidade humana;
- segundo, esse sistema normativo abarca, de forma geral, mecanismos de imposição de normas.

Portanto, as formas de uma ordem jurídica, ao contrário de outras normas morais e éticas, não são dirigidas exclusivamente à consciência humana. As normas jurídicas são, na verdade, parte de uma ordem obrigatória, confiada ao cuidado de uma autoridade pública de determinada comunidade. Essas normas devem ser energicamente defendidas, e sanções devem ser impostas a todo aquele que cometer uma infração contra a ordem jurídica.

Desse modo, o sistema jurídico é o instrumento por meio do qual a sociedade regula o processo de interação entre seus membros com a expectativa de que suas demandas normativas se traduzam numa prática social real. Desde essa perspectiva, os Direitos Humanos são tanto um elemento da ordem jurídica nacional como da ordem jurídica internacional, ambos sendo, por sua vez, parte do sistema jurídico.

A TUTELA PENAL COMO CONCEITO DO SISTEMA POLÍTICO

Uma vez tendo definido o segundo substantivo da pergunta “*tutela penal dos Direitos Humanos?*” como conceito do sistema jurídico, resta a definição do primeiro substantivo: “a tutela penal”. Essa definição tem um enfoque político, e não normativo-legal, pois limitar a definição de “tutela penal” a uma função analítica das modificações do programa normativo-penal do sistema jurídico seria de pouco alcance:

- primeiro porque as principais mudanças do Direito Penal contemporâneo são manifestações no sistema jurídico da “sociedade do risco”;
- segundo porque essas manifestações no sistema jurídico são irritações do conceito político da tutela penal de “segurança através do Direito Penal”.

Os penalistas costumam colocar sob o tópico da “sociedade de risco” a transformação contemporânea do Direito Penal “de um fato injusto” por um Direito Penal “de antecipação do futuro” e “de inimigos”,² desafiando a lógica própria do Direito Penal, sua delimitação frente a outras áreas do Direito e os limites do “Estado de Direito”³. Pois bem, essa discussão omite

frequentemente o sentido social da “sociedade do risco”, isto é, ignora o conceito sociológico desse tópico para explicar a vida em sociedade.

O sentido social do conceito da “sociedade de risco” encontra-se no lado oposto da categoria social de “risco”, ou seja, na “segurança”. Esse sentido social da “sociedade de risco” não deve ser confundido com a lógica do sistema jurídico dos juristas e penalistas. Na verdade, a “segurança” enquanto categoria social oposta ao “risco”, no conceito de “sociedade de risco”, refere-se a uma constante sócio-antropológica: por uma parte, há o desejo da segurança objetiva contra a ameaça, e, pelo outro, há o desejo da segurança subjetiva contra o medo.

A função política do desejo de segurança objetiva e do desejo da segurança subjetiva foi descrita há mais de 350 anos por Hobbes para sustentar a fundamentação filosófico-política do Estado. Segundo Hobbes, são os desejos da segurança que fazem os seres humanos estabelecerem um Estado e submeter-se a ele para obterem uma segurança não somente temporal, mas perpétua, outorgando o monopólio do poder – e de seu meio: a violência – ao *Leviatã*, ou seja: ao Estado. Como ferramenta fundamental para cumprir a expectativa desse contrato social, o monopólio do poder e da violência do Estado deve provocar um medo de punição⁴.

Apesar disso, tal como o próprio Hobbes reconhece, estabelecer a segurança objetiva vai a custo da insegurança subjetiva, ou seja: do medo. É por isso que Hobbes aconselha os seres humanos a moderarem seu desejo natural de uma segurança completa e perpétua e a serem prudentes na busca de tal segurança por meio do monopólio do poder e da violência do Estado; isto é, a ficarem satisfeitos com a segurança incompleta e temporal que o Estado pode proporcionar⁵, e também, sobretudo, enquanto a seu *jus puniendi*.

Agora bem, esses bons conselhos são desafiados pela possibilidade de dramatizar a violência e politizá-la. E, na atualidade, esse desafio resulta ainda maior do que nos tempos de Hobbes. Se há três séculos os recursos das sociedades para dramatizar a violência e politizá-la eram limitados, atualmente o convite à prudência de Hobbes extingue-se na realidade dos meios massivos de comunicação. Nessa realidade de reprodução e exageração, a ameaça e o medo contra o crime são onipresentes⁶. E conforme a ameaça e o medo vão se estendendo neste mundo, vai se formando uma realidade chamada por Beck de “sociedade mundial do risco”⁷.

A onipresença da ameaça e do medo na sociedade mundial do risco tem consequências na atitude que adota essa sociedade diante da promessa da segurança pelo Estado. Uma das consequências é a demanda de um Direito Penal “eficaz”, ou, nas palavras de Hassemer: “segurança através do Direito Penal⁸. Esse é justamente o sentido político do conceito da tutela penal na sociedade mundial do risco, construído sobre o dilema da promessa estatal de segurança – ou seja, sobre a correlação inversa entre a segurança objetiva e subjetiva – agravado pela extensão da ameaça e do medo na sociedade mundial do risco.

A TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS NO CONCEITO DO ESTADO DE DIREITO

Após termos definido os Direitos Humanos como conceito do sistema jurídico e a tutela penal como conceito do sistema político, a resposta à pergunta “tutela penal dos Direitos Humanos?” é que a “segurança através do Direito Penal”, como conceito político da tutela penal, compreende os Direitos Humanos no sentido amplo do “Estado de Direito”. Nesse sentido, a referência à fórmula “Estado de Direito” precisa também de uma definição. A base desse conceito “Estado de Direito” é necessariamente sociológica, posto que inserida nessa perspectiva encontra-se a definição política da tutela penal.

Continuando dentro dessa precisão metodológica, as definições dos Direitos Humanos e da tutela penal, o sentido social de sua correlação é produzido entre o sistema político e o sistema jurídico, pela fórmula “Estado de Direito”. Mantendo proximidade com a obra de Luhmann, isto significa⁹:

- primeiro: mesmo sendo os Direitos Humanos definidos como um elemento do sistema jurídico, eles ao mesmo tempo manifestam, de um lado, uma expectativa da estrutura jurídica “Direito” em relação ao sistema político, e, de outro, uma expectativa da estrutura política “Estado” em relação ao sistema jurídico;
- segundo: enquanto o Direito somente pode se desenvolver quando o livre exercício da violência é impedido por intermédio do monopólio de poder do Estado, esse mesmo Estado somente pode fazer uso do potencial do Direito para garantir a segurança quando respeita a restrição de não fazer uso de seu monopólio do poder de maneira ilegal;

- terceiro: traduzindo o exposto para a constelação de tutela penal como conceito político em relação à concepção jurídica dos Direitos Humanos, o sentido da tutela penal dos Direitos Humanos é ambivalente:
 - por uma parte, porque os Direitos Humanos somente conseguem desenvolvimento como elemento do sistema jurídico quando o livre exercício da violência é impedido por meio do monopólio de poder do Estado, sobretudo, utilizando seu *jus puniendi*;
 - por outra parte, esse mesmo Estado somente pode aproveitar o potencial do Direito Penal no sistema político para a promessa da segurança, quando respeita a restrição de não fazer uso ilegal de seu monopólio de poder, inclusive o uso de seu *jus puniendi*; ou seja, quando respeita os Direitos Humanos.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O *JUS PUNIENDI* INTERNACIONAL

Um campo atual prático em que podemos perceber as consequências do sentido ambivalente da tutela penal dos Direitos Humanos são os esforços contemporâneos de estabelecer um *jus puniendi* internacional, sobretudo para a proteção dos Direitos Humanos. No passado, baseados no conceito da proteção dos Direitos Humanos como obrigação primária de todos os Estados, o sistema jurídico limitava-se a atribuir como obrigação estatal secundária a tutela penal dos Direitos Humanos, e a estabelecer o *jus puniendi* estatal universal para suas violações. Apesar do *highlight* do caso Pinochet¹⁰, esse sistema não resultou, no geral, muito efetivo na prática¹¹.

Por sua vez, no presente, as organizações internacionais também punem violações aos Direitos Humanos com sanções penais. A ONU pune, sobretudo, por meio de tribunais penais internacionais temporários. E, desde o ano de 2002, também existe o Tribunal Penal Internacional permanente. Este último castiga o genocídio, os crimes de lesa humanidade e de guerra, incluindo, ademais, a possibilidade de que no futuro sejam castigados os atentados contra a paz internacional.

Nessas intervenções da ONU e do Tribunal Penal Internacional, a primeira faceta da tutela penal dos Direitos Humanos manifesta-se nos três conceitos descritos a seguir: político-criminais, processuais e substantivos:

- primeiro, no conceito político-criminal da “impunidade”, isto é, na falha de impedir o livre exercício da violência por intermédio da pena. Como consequência, a tutela penal internacional dos Direitos Humanos é acionada uma vez que se detecta a impunidade das violações aos Direitos Humanos¹²;
- segundo, no conceito processual do “princípio de complementaridade” da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, que se estabelece quando o Estado não pode exercer seu *jus puniendi*, sobretudo quando esse Estado se encontra em negociações de paz com um adversário que disputa seu monopólio de poder¹³;
- terceiro, a expressão máxima da primeira faceta da tutela penal dos Direitos Humanos é o conceito substantivo da pena daqueles que atentem contra a paz, pois são punidos aqueles que atacarem o fundamento para que os Direitos Humanos possam se desenvolver como elemento do sistema legal.

Por sua vez, um exemplo para a segunda faceta da tutela penal dos Direitos Humanos é a disputa sobre o conceito substantivo da “empresa criminal conjunta” (*Joint Criminal Enterprise*), ou seja, nas discussões sobre uma figura de imputação estabelecida na jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* da ONU. Essa figura de proveniência do *Common Law* possui três categorias, das quais a terceira equivale à imputação objetiva dos fatos – mesmo de maneira remota entra com qualquer *suited* – “previsíveis” pela participação numa “empresa criminal”. Consequentemente, discute-se se essa figura viola o princípio da culpabilidade¹⁴.

A segunda faceta da tutela penal dos Direitos Humanos complica-se mais ainda quando abandonamos o terreno da proteção internacional dos Direitos Humanos por meio de tribunais penais e analisamos as atuações executivas do próprio Conselho de Segurança da ONU para estabelecer o que, segundo a Carta da organização, corresponde a esse órgão: a segurança internacional.

As medidas punitivas emitidas por resoluções do Conselho de Segurança e seu Comitê de Sanções contra indivíduos, grupos e organizações, relacionadas em “listas negras” sob a suspeita de serem “terroristas”, estabelecem a obrigação dos Estados membros de congelar e sequestrar os fundos ou outros ativos daqueles que se encontrarem listados. Essas medidas não preveem qualquer recurso internacional contra a decisão do Conselho de Segurança,

violando de maneira flagrante o Direito humano a um recurso efetivo. E, devido a ser uma decisão do monopólio de poder internacional na construção da ordem internacional, não há recurso contra essa decisão, nem na esfera internacional, nem na esfera regional¹⁵.

Obviamente, esse é um exemplo extremo; não obstante a isso, ele demonstra a evolução da proteção dos Direitos Humanos em seu sentido amplo: por um lado, em relação à tutela penal dos Direitos Humanos, e, por outro, em relação à segurança internacional. Finalmente, como tem sido demonstrado, ambos os lados formam parte da mesma moeda. Isso resulta ainda mais evidente no caso da intervenção da ONU pelos tribunais *ad hoc*, posto que foram estabelecidos precisamente por resoluções do Conselho de Segurança da organização, no Capítulo sétimo de sua Carta.

NOTAS

1 TOMUSCHAT, C. *Human rights: between idealism and realism*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2008, cap. 1.

2 Cf. PRITTWITZ, C.. “O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, 2004. p. 31-45.

3 Cf. amplamente sobre os desafios da sociedade do risco aos limites do Direito Penal SIEBER, U. “Limites do Direito Penal”. In: *Revista Direito GV*, nº 7, jan-jun 2008. p. 269-330.

4 HOBBS, T. *Leviathan*. 1651, Cap. XVII y XIX.

5 *Ibid.*, Cap. XVIII.

6 Cf. REINER, R. “Media made criminality”. In: _____; MAGUIRE, M. & MORGAN, R. (eds.). *The Oxford handbook of criminology*. Oxford: Oxford University Press, p. 302-337.

7 BECK, U. *World Risk Society*. Cambridge: Polity Press, 1998.

8 HASSEMER, W. “Sicherheit durch Strafrecht”. In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (ed.). *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt an Main: Peter Lang, 2007. p. 99-137.

9 LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt an Main: Suhrkamp 1993, cap. 9.

10 Cf. CASTRESANA, C. “España”. In: ARNOLD, J; SIMON, JM. & WOISCHNIK, J. (eds.). *Estado de Derecho y Delincuencia de Estado en América Latina: Una Visión Comparativa*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006. p. 297-329.

11 Cf. SIMON, JM. “Jurisdicción Universal: La perspectiva del Derecho Internacional Público”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. nº 39, 2002. p. 63-101.

12 *Idem.* “Violência masiva patrocinada por el Estado: Responsabilidad criminal y ‘reconciliación’”. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 112, enero–abril 2005. p. 273-292.

13 *Idem.* “Entre o Global e o Local. Negociações de Paz e Tribunal Penal Internacional”. In: MONTE, M. F. et al. (Eds.): *Que futuro para o Direito Processual Penal?: Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Días, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 583-612.

14 *Idem,* SIEBER, U. & KOCH, HG. (eds.). *Criminal Masterminds and Their Minions: Punishing Participants in Complex Criminal Entities.* Berlin: Duncker & Humblot, 2009. 5 volumes.

15 Ver o informe do Comitê de Especialistas sobre Terrorismo do Conselho Europeu. In: CODEXTER (2008) 12, de 25 de março de 2008.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : BECK, U. *World Risk Society*. Cambridge: Polity Press, 1998.
- : CASTRESANA, C. “Espanha”. In: ARNOLD, J.; SIMON, JM. & WOISCHNIK, J. (eds.). *Estado de Derecho y Delincuencia de Estado en América Latina: Una Visión Comparativa*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.
- : CODEXTER. “Informe do Comitê de Especialistas sobre Terrorismo do Conselho Europeu”. (2008) 12.
- : HASSEMER, W. “Sicherheit durch Strafrecht”. In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (ed.): *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt an Main: Peter Lang, 2007.
- : HOBBS, T. *Leviathan*, 1651.
- : LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt an Main: Suhrkamp, 1993.
- : PRITTWITZ, C. “O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: Tendências atuais em Direito Penal e política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*”, n.º. 47, 2004.
- : REINER, R. “Media made criminality”. In: _____; MAGUIRE, M. & MORGAN, R. (eds.). *The Oxford handbook of criminology*. Oxford: Oxford University Press.
- : SIEBER, U. “Limites do Direito Penal”. In: *Revista Direito GV*, n.º 7, Jan-Jun 2008.
- : SIMON, JM. “Entre o Global e o Local: negociações de paz e tribunal penal internacional. In: MONTE, M. F. et al. (Eds.). *Que futuro para o Direito processual penal?: Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Días, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- : _____. Jurisdicción Universal: La perspectiva del Derecho internacional Público. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 39, 2002.
- : _____. Violência masiva patrocinada por el Estado: Responsabilidad criminal y “reconciliación”. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 112, Jan-Abr 2005.

- : SIMON, JM.; SIEBER, U. & KOCH, HG. (eds.). *Criminal Masterminds and Their Minions: Punishing Participants in Complex Criminal Entities*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. 5 volumes.
- : TOMUSCHAT, C. *Human rights: between idealism and realism*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2008.

A RESPONSABILIDADE PENAL DE EDITORES DE JORNAIS E DE OUTROS VEÍCULOS PELA CRIAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIAS

Bernd Heinrich

Tradução do Inglês: Alexandre Morales

Certo dia, enquanto eu estava a caminho de uma palestra na universidade, um estudante tirou um retrato meu com sua câmera. É muito provável que algumas pessoas naquele mesmo auditório também tivessem trazido uma câmera ou ao menos um celular com que pudessem tirar fotos. Eu não me importaria se pessoas tirassem retratos em meio às minhas palestras. E se esses retratos fossem publicados num periódico universitário, eu até me sentiria muito honrado. Creio que muitos dos palestrantes ficariam contentes se alguns fotógrafos jornalísticos estivessem no auditório para tirar fotos deles e se essas fotos fossem publicadas em um jornal no dia seguinte. Na maior parte dos casos, os fotógrafos nem precisariam pedir o consentimento deles.

No entanto, isso provavelmente seria diferente se os repórteres estivessem seguindo os professores até um restaurante ou um bar à noite para tirar fotos deles após algumas taças de vinho. Também não tenho tanta certeza de que eles gostariam muito se os repórteres os acompanhassem num passeio de compras pela cidade. Tenho plena certeza, porém, de que eles não gostariam nem um pouco se estivessem fazendo suas compras junto com uma mulher que não fosse a esposa deles e se no dia seguinte fosse publicada uma foto deles com aquela mulher num jornal local. Se repórteres tirassem fotos nossas através das cortinas da janela de um quarto de hotel, a maioria de nós certamente discordaria. Nesse caso, procuraríamos nos defender não só contra a publicação dessas fotos num jornal ou – ainda pior – na internet, mas também contra o ato em si de tirá-las.

Neste artigo, busco examinar se e quando atos como esses que descrevi podem ser sujeitos a persecução criminal e pena. Enfocarei a utilização e a exploração comercial de fotografias em jornais ou em outros veículos, e, por conseguinte, a responsabilidade penal de editores em geral.

Na Alemanha, a publicação de retratos de celebridades sem sua permissão, em particular, é um problema que tem sido discutido, sobretudo no âmbito do Direito Civil. Nesse campo, o foco recai em ações visando a interrupção da divulgação ou a compensação dos danos não materiais causados à parte lesada. Segundo a opinião prevaiente no Direito Civil alemão, tirar um retrato de uma pessoa sem o consentimento dela implica uma violação do Direito de privacidade dessa pessoa.

Esse direito de privacidade é um direito constitucional, derivado do Artigo 1º e do Inciso 1 do Artigo 2º da Constituição alemã (*Grundgesetz*). De acordo com o Inciso 1 do Artigo 2º toda pessoa tem o direito constitucional de livre desenvolvimento da sua personalidade desde que não infrinja os direitos de outros nem a ordem constitucional ou as leis morais. Contudo, isso não significa que tirar e divulgar fotos de pessoas sejam atos proibidos em todos os casos, considerando que o fotógrafo tem um direito de liberdade de ação que é igualmente protegido pela Inciso 1 do Artigo 2º da *Grundgesetz*. A proibição absoluta de fotografias de pessoas implicaria uma violação da liberdade de um fotógrafo profissional de escolher e exercer sua profissão.

Além disso, o Artigo 5º da *Grundgesetz* garante a liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar via radiodifusão ou cinema. A televisão é vista de maneira geral como parte da radiodifusão, ao passo que a internet é inserida na liberdade de imprensa. Essas duas formas de mídia mais recentes – a TV e a internet – são, portanto, protegidas pelo Artigo 5º da *Grundgesetz*.

Desse modo, na prática legal, um juiz precisa pôr na balança e contrapesar esses direitos conflitantes. Os juízos cíveis têm adotado critérios muito diversos a respeito. Nesse contexto, muitas decisões, até mesmo do mais alto tribunal do Direito Civil alemão, o Superior Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*),¹ são anuladas pelo Supremo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*)² em razão de interpretações demasiadamente estritas do Direito de privacidade ou da liberdade de imprensa.

No entanto, não só as decisões dos mais altos tribunais alemães têm grande influência nessa questão. Recentemente, a Corte Europeia de direitos Humanos por diversas vezes reviu e criticou decisões tanto do Superior Tribunal Federal de Justiça quanto do Tribunal Constitucional Federal alemães.³ As principais disposições da Convenção Europeia de direitos Humanos a

respeito encontram-se no Artigo 8º, que afirma que toda “pessoa tem Direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”, e no Artigo 10, que confere o Direito de liberdade de expressão, compreendendo o Direito de expressar opiniões e – ainda que não declarada explicitamente nesse artigo – a liberdade de imprensa.

A Convenção Europeia de direitos Humanos é diretamente aplicável no Direito alemão e tem o mesmo *status* que as leis federais da Alemanha.⁴ Desse modo, ela tem de ser respeitada e aplicada pelos tribunais alemães. Embora a Corte Europeia de direitos Humanos não possa anular decisões judiciais alemãs, as partes signatárias do tratado devem acatar as sentenças daquele tribunal (Seção 1 do Artigo 46 da Convenção Europeia de direitos Humanos), e desse modo se comprometem com o Direito internacional a evitar e eliminar qualquer descumprimento do Tratado⁵.

Este artigo irá focar a responsabilidade penal. Cabe assinalar, porém, que o Direito Penal – sendo a *ultima ratio* – depende do Direito Civil, já que não é possível criminalizar nenhuma conduta que seja permitida pelo Direito Civil. Atos de repórteres ou editores que não sejam proibidos pelo Direito Civil ou estejam inteiramente enquadrados nos seus direitos constitucionais não podem constituir uma infração penal.

Até poucos anos atrás era difícil encontrar normas na lei alemã que criminalizassem as condutas aqui abordadas. A norma pertinente estava bem escondida fora do Código Penal alemão (StGB). Ela podia e pode ser encontrada na “Lei de direitos de autoria artística” (*Kunsturheberrechtsgesetz* – KUG), estatuída em 1907.

O § 33 da KUG criminaliza a distribuição ou exibição pública da fotografia de outrem sob violação dos §§ 22 e 23 do código. O § 22 dispõe que a fotografia de uma pessoa só pode ser distribuída ou exibida com o consentimento dela. O § 23 contém uma série de exceções a essa regra. A mais importante é regulada no Inciso 1 da Seção 1. Segundo esse dispositivo, o consentimento da pessoa não é necessário caso a fotografia faça parte da “história contemporânea”. Não fica nem um pouco claro, porém, quais fotografias seriam consideradas uma imagem da história contemporânea, se e sob qual aspecto “pessoas da história contemporânea” se inserem nessa disposição, e, caso se insiram, se a vida privada delas está ou não inclusa (ver a seção III mais adiante).

É significativo, contudo, que a KUG só lide com a distribuição ou a exibição de fotografias. O ato de tirar uma foto não é ali mencionado na lei, de modo que não é proibido. Por muito tempo se discutiu na jurisprudência e na ciência jurídica alemãs se a criação de uma fotografia – ou seja, o ato de tirar a foto – deveria ser igualmente criminalizada. Em 2004, foi incluído no Código Penal alemão um dispositivo que contou com intensa e categórica oposição do sindicato dos jornalistas do país⁶. O § 201a do StGB tornou passível de punição o ato não autorizado de tirar uma fotografia, caso isso resulte na violação do Direito de privacidade íntima da pessoa retratada. De acordo com esse novo artigo, não é permitido, por exemplo, tirar fotos de uma pessoa no interior do seu espaço residencial ou mesmo em um jardim particular se esse jardim estiver de alguma forma resguardado de observação.

De todo modo, o Direito de privacidade do indivíduo é circunscrito a um âmbito territorial. Retomando os exemplos mencionados anteriormente, isso quer dizer que um quarto de hotel certamente figura como uma área de privacidade, mas um restaurante ou um *shopping center* não (ver a seção II).

Os juristas alemães também discutem se deveriam haver leis e prerrogativas especiais para jornalistas, em particular para aqueles que se dedicam ao chamado “jornalismo investigativo” (ver a seção IV). Jornalistas que buscam revelar ilícitos políticos, econômicos ou sociais deveriam ser autorizados a transpor determinados limites, ainda que suas intromissões normalmente constituiriam crime?

A REGRA DO § 201A DO STGB

Como já mencionado, o Direito Penal alemão agora conta com uma norma especial – o § 201a do StGB –, que criminaliza a violação da privacidade de uma pessoa ao se tirar fotografias não autorizadas dela. Com essa norma, o Direito do indivíduo sobre sua imagem passou a gozar da mesma proteção conferida às conversas privadas, que há muito tempo o § 201 do StGB protege de gravação não autorizada. A nova norma foi veementemente criticada por associações da imprensa, que a consideraram uma inaceitável interferência no trabalho de investigação jornalística. Por outro lado, a pena prevista no § 201a (prisão por até um ano ou multa) é menos grave do que aquela prevista no § 201 (prisão por até três anos ou multa).

O § 201a do StGB dispõe que o registro fotográfico ou a transmissão da imagem de uma pessoa no interior de seus aposentos residenciais ou de outras áreas de privacidade constitui crime. Contudo, a norma vem sendo interpretada de um modo mais restrito. Segundo a visão prevalecente, a imagem deve violar o âmbito de vida mais privado e íntimo daquela pessoa. Não fica claro, porém, o que se denota com essa expressão. Em razão disso, o conceito de “esfera privada”, empregado pelos juízos cíveis, é com frequência adotado pelo Direito Penal. A esfera privada abrange no mínimo a sexualidade, a enfermidade e a morte de uma pessoa, mas também certos âmbitos da vida familiar cotidiana.

Por outro lado, não abrange a chamada “esfera social”, a exemplo do ambiente de trabalho. Assim, fotografias tiradas em meio a aulas ou palestras fazem parte da vida profissional de um professor e não dizem respeito à sua “esfera privada”. De todo modo, a pessoa em questão deve estar viva: fotos de pessoas falecidas não são abrangidas pela norma.

Um indivíduo só é protegido por essa norma se está efetivamente no interior de um dos âmbitos que fazem parte da esfera privada quando a fotografia é tirada. Nesse particular, é bem fácil definir o que se pode compreender como espaço residencial de uma pessoa. Essa expressão certamente não abrange escritórios ou outros locais de trabalho ou negócios. Já o significado da segunda expressão da norma – outros locais de privacidade que sejam especialmente resguardados de observação – é mais difícil de precisar. Essa expressão pode ser aplicada a jardins particulares cercados por uma barreira alta e intransparente, mas é preciso que tais resguardos tenham efetivamente a finalidade de vedar a observação. Assim, essa definição não se aplica a um escritório ou a uma sala de espera, mesmo que as cortinas e persianas estejam cerradas. Não obstante, a definição abrange consultórios médicos, provadores de lojas de roupas, cabines para troca de roupa em balneários públicos e confessionários.

Voltemo-nos agora para o termo “criação” da foto. Ele abrange todo ato de gravar ou salvar uma fotografia (em formato analógico ou digital) em qualquer meio de armazenamento de dados. Isso só se aplica, porém, à primeira vez que o retrato é armazenado. Desse modo, cópias ou reproduções de uma foto existente não contam como uma criação de uma fotografia. Para

esses atos pode-se aplicar o Inciso 2 do § 201a do StGB, já que ele trata de qualquer uso de uma fotografia, inclusive cópias e reproduções. Ele se aplica, por exemplo, a reproduções de fotos durante o ato de imprimir um jornal ou uma revista. Esses atos não são executados por repórteres, mas por editores. Cabe notar que para a “criação” de uma fotografia sempre se requer um aparato técnico. Assim, o ato de tão somente observar outra pessoa (como faz um *voyeur*) não é abrangido. Nesse caso pode-se aplicar o § 238 do StGB, uma norma recente que criminaliza o assédio moral [*stalking*].

Ademais, a criação da foto tem de ser um ato não autorizado, ou seja, desprovido do Direito de ser executado. Segundo a visão prevalecente, a autorização da fotografia não exclui a tipicidade do ato. Ela é interpretada como uma justificação. Em primeiro lugar, uma fotografia não é não autorizada se o fotógrafo ou criador age com o consentimento da pessoa. Em segundo lugar, porém, se quisermos saber se o criador agiu de maneira não autorizada, teremos de lembrar que ele pode ter seus direitos constitucionais. Chegamos então ao ponto em que um juiz tem de pôr na balança e contrapor os direitos conflitantes do fotógrafo – como o da liberdade de imprensa – e da pessoa retratada. Acrescente-se que o Código Penal alemão prevê uma defesa especial em seu § 193, a saber, a proteção ou o exercício de direitos ou de interesses legítimos, que tem particular importância para a imprensa. Todavia, isso se limita a normas referentes a difamações, e não deve ser aplicado a outras infrações.

Pode-se supor, entretanto, que os direitos constitucionais do fotógrafo ou a liberdade de imprensa dificilmente podem justificar qualquer retrato da privacidade íntima de uma pessoa que tenha sido tirado sem o consentimento dela. Nem mesmo a revelação de um escândalo político justifica uma foto de um político encontrando-se com sua namorada num quarto de hotel.

Somente em casos excepcionais pode ser lícito tirar uma foto da esfera privada de uma pessoa com o intuito de investigar um crime. Uma foto dessas poderia então ser justificada por uma “defesa de necessidade, regulada pelo § 34 do StGB. Assim, se um repórter entra furtivamente em uma residência particular e tira fotos do interior somente para provar que uma vítima de sequestro está trancada e sofre maus-tratos dentro daqueles aposentos, sua conduta certamente será justificada. Também é uma questão processual muito

importante determinar se essas fotos podem ser usadas como provas no tribunal. Elas só serão admitidas se tiverem sido obtidas legalmente.

Como já mencionado, o Inciso 2 do § 201a do StGB se aplica a qualquer pessoa que faça uso de fotografias criadas ilicitamente conforme o Inciso 1 ou as torne disponíveis ao público. Isso compreende qualquer utilização das imagens para fins particulares ou comerciais. Assim, no exemplo do quarto de hotel, tanto o fotógrafo que tire uma foto de mim como o editor do periódico que a publique podem ser processados se agirem no mínimo com dolo eventual. Isso compreende ter conhecimento ou, quando menos, presunção do registro fotográfico não autorizado.

O Inciso 3 lida com uma situação diversa. De acordo com esse dispositivo, não se requer que a foto em si tenha sido tirada de modo ilícito. É crime divulgar um retrato tal como caracterizado no Inciso 1, ou torná-lo disponível a terceiros, sem o consentimento da pessoa retratada, mesmo que o retrato tenha sido originalmente autorizado. Isso significa que para publicar uma foto que retrate a privacidade íntima de uma pessoa é preciso o consentimento dela tanto para tirar a foto como para publicá-la. Uma situação comum seria a de que uma pessoa concordasse com o ato de tirar uma foto de caráter bastante privado – por uma razão qualquer – mas não concordasse com a publicação do retrato. Assim, essa norma pune um “abuso de confiança ulterior”. Uma vez mais se requer que a publicação implique uma violação do âmbito de vida mais privado daquela pessoa. Ademais, a pessoa que publica a foto deve agir com dolo direto, ou seja, sabendo que não tem o direito de publicá-la.

A REGRA DO § 33 DA KUG

O § 33 da KUG criminaliza a distribuição ou a exibição pública de uma fotografia obtida em violação aos §§ 22 e 23 do código. Uma vez mais, essa conduta tem de ser dolosa. A pena – prisão por até um ano ou multa – é a mesma prevista no § 201a do StGB, e não muito severa.

Segundo o § 22, não é permitido distribuir ou exibir publicamente uma fotografia sem o consentimento da pessoa retratada. A terceira frase desse parágrafo trata especificamente de pessoas falecidas: por um período de dez anos após a morte da pessoa requer-se o consentimento dos seus parentes.

Com efeito, houve casos dessa ordem na história alemã. Por exemplo, logo após a morte do ex-chanceler Otto Von Bismarck, em 1898, passaram a circular fotografias suas no leito de morte.⁷ Há menos de vinte anos, o político Uwe Barschel, governador de um estado alemão, foi encontrado morto na banheira de um quarto de hotel na Suíça. Alguns dias depois, podia-se ver uma foto do corpo na banheira na primeira página de um jornal alemão⁸.

Já o § 23 estipula importantes exceções a essas regras em seu Inciso 1. O consentimento da pessoa retratada não é necessário (1) para imagens da história contemporânea, nem (2) quando a pessoa é apenas um elemento accidental da paisagem ou do local retratado na imagem – tal é o caso, por exemplo, quando se tira e se publica uma foto do panorama de uma montanha que por acaso inclui alguns turistas. O consentimento também não é necessário (3) para fotografias de marchas de protesto, assembleias públicas ou eventos similares que retratem pessoas que tomaram parte na ação. A razão disso é que é impossível tirar fotos de tais eventos sem retratar os participantes. Por fim, não se requer consentimento (4) se a publicação ou exibição pública de uma fotografia servir a um superior e legítimo interesse artístico.

Nesses casos, portanto, é lícito publicar uma foto sem o consentimento da pessoa retratada. Uma vez mais, essas isenções não são irrestritas. De acordo com o Inciso 2 do § 23, é ilegal publicar uma foto que cumpra os requisitos do Inciso 1 se essa publicação violar um interesse legítimo da pessoa retratada ou de seus parentes. Assim, também nessas circunstâncias um juiz tem de considerar tanto os direitos do público como os da pessoa retratada para decidir sobre a questão⁹. Essa regulação não é muito propícia quando aplicada ao Direito Penal, já que a responsabilidade penal do fotógrafo depende dessa decisão e é difícil prever a sentença do juiz.

Quando podemos falar de interesses legítimos de um indivíduo? Na visão geral, a ressocialização de um indivíduo que está para ser solto da prisão, por exemplo, se afigura como seu interesse legítimo. Isso significa que um ex-detento pode se defender contra a exibição de um documentário na TV que se refira a delitos por ele cometidos e use seu nome e sua imagem. Isso ocorreu diversas vezes em tempos recentes. Até mesmo alguns longas-metragens produzidos para TV não puderam ser exibidos porque violavam o interesse

legítimo de ressocialização de um ex-detento.¹⁰ Embora se tratasse, sobretudo, de processos cíveis, ou seja, ações requerendo cessação da exibição ou alguma compensação, é muito importante que a difusão de tais produções também constitua crime.

Já na questão sobre quando falar de uma imagem da história contemporânea, há ampla controvérsia.¹¹ Antes de tudo, cabe assinalar que o Inciso 1 do § 23 da KUG não menciona expressamente “pessoas da história contemporânea”. Desse modo, a própria fotografia deve ser uma imagem da história contemporânea.

Os tribunais fazem uma diferenciação entre “pessoas absolutas da história contemporânea” e “pessoas relativas da história contemporânea”.¹² As primeiras podem ser distinguidas da massa das pessoas comuns em razão da sua posição de evidência na sociedade ou no governo ou das suas realizações ou condutas excepcionais. Entre elas incluem-se, por exemplo, políticos,¹³ membros de famílias reais,¹⁴ atores famosos¹⁵ e atletas bem-sucedidos.¹⁶ Alguns especialistas argumentam que essas pessoas – sempre e em qualquer caso – são um permanente objeto da história contemporânea e do interesse público, não importando em que contexto sejam retratadas.¹⁷ Isso significa que o Inciso 1 do § 23 da KUG permite que sempre sejam tiradas fotos dessas pessoas a menos que elas possam reivindicar um interesse legítimo conforme disposto no Inciso 2.

A situação é diversa no caso das “pessoas relativas da história contemporânea”. São assim denominadas aquelas cuja fama seja estreitamente associada a determinado acontecimento ou ocasião, possuindo um caráter momentâneo e passageiro.¹⁸ Desse modo, uma foto dessas pessoas só pode se tornar uma imagem da história contemporânea se expuser tal evento. Um exemplo poderia ser uma imagem da cena de um crime contendo o autor ou as testemunhas do crime, ou uma foto tirada por um repórter que acabou de revelar certo escândalo político. Uma vez estreitamente associadas a tais ocasiões específicas, essas pessoas podem ser fotografadas ou filmadas – a caminho do tribunal ou em uma entrevista coletiva, por exemplo – e essas imagens também podem ser publicadas e levadas ao ar. Em outras ocasiões, essas pessoas retornam às suas vidas normais e o Inciso 1 do § 23 do KUG não permite quaisquer fotos – por exemplo, se

a testemunha do crime for fotografada num restaurante com sua esposa alguns dias depois. Ademais, o Inciso 2 também é aplicável a pessoas relativas da história contemporânea. Isso quer dizer que imagens daquele evento específico podem ser proibidas se a pessoa retratada puder e vier a reivindicar um interesse legítimo.

Em tempos recentes, vários analistas criticaram essa distinção entre pessoas absolutas e relativas da história contemporânea. Esses críticos sustentam que mesmo uma pessoa absoluta da história contemporânea necessita de algum âmbito de recesso, de uma esfera privada em que fotos – e a publicação delas, evidentemente – sejam proibidas a fim de que sua privacidade íntima seja resguardada. O Item 1 do Inciso 1 do § 23 somente faz menção a imagens da história contemporânea.

Desse modo, é altamente questionável afirmar que determinada pessoa faz parte ela própria da história contemporânea. Se esses críticos estão corretos – e penso que estão –, então as fotos em si sempre devem ter uma estreita associação com um evento da história contemporânea. Isso significa que tirar fotos de um político fazendo compras certamente não é permitido, já que o ato de ir às compras dificilmente pode ser qualificado como um evento da história contemporânea.

A Corte Europeia de direitos Humanos está entre essas vozes críticas.¹⁹ O órgão declarou que a distinção alemã entre pessoas absolutas e relativas da história contemporânea viola o Artigo 8º da Convenção Europeia de direitos Humanos. Segundo o Tribunal, o Direito à liberdade de imprensa só prevalece sobre os direitos dos indivíduos quando políticos são fotografados. Ainda assim, o Direito à liberdade de imprensa não alcança o âmbito da vida privada de um político se a publicação das imagens só servir a interesses comerciais ou à busca de sensacionalismo.

A DISCUSSÃO ACERCA DA CONCESSÃO DE CERTAS PRERROGATIVAS A JORNALISTAS

Abordarei a seguir uma questão que é particularmente controversa entre os especialistas alemães: a discussão sobre se devem ser concedidas certas prerrogativas aos jornalistas, em particular aqueles que se dedicam ao chamado “jornalismo investigativo”. Deve-se permitir que jornalistas transponham

certos limites na tentativa de revelar ilícitos políticos, econômicos ou sociais, ainda que suas intromissões comumente constituam crime? Cabe examinar se um jornalista – como no citado caso do governador alemão encontrado morto numa banheira – está ou deve ser autorizado a insinuar-se num quarto de hotel a fim de colher informações ou de tirar e publicar fotos que não poderiam ter sido obtidas legalmente.

No que diz respeito ao jornalismo investigativo, o “caso Watergate”, que levou à renúncia do presidente Nixon em 1974, é um clássico absoluto.²⁰ Nesse contexto, porém, gostaria de mencionar dois outros casos que foram muito importantes na história alemã. No chamado “caso *Weltbühne*”, jornalistas [do semanário *Die Weltbühne* (A Tribuna Mundial)] revelaram em 1929 que as Forças Armadas alemãs haviam violado o Tratado de Versalhes ao reconstituir e rearmar secretamente a Força Aérea do país.²¹ Os jornalistas – entre eles Carl von Ossietzky, que posteriormente ganhou o Prêmio Nobel da Paz – foram acusados de cometer o crime de revelar segredos militares de Estado e punidos pela justiça criminal, muito embora estivessem falando a verdade e houvessem revelado a conduta ilegal das autoridades alemãs.²² Isso demonstra que à época não se reconhecia uma prerrogativa específica para jornalistas.

Há cerca de trinta anos, o jornalista alemão Günther Wallraff perdeu uma causa num processo cível contra um famoso tabloide alemão. Ele havia se infiltrado na redação do periódico a fim de provar que o tabloide empregava métodos de investigação desonestos e ilícitos e constantemente publicava reportagens falsas e trotes de maneira intencional. Para fazer isso, usou um nome falso e presumivelmente apresentou documentos inautênticos.²³

No caso do governador morto na banheira, o jornalista foi condenado por um juízo criminal na Suíça.²⁴ Todas essas sentenças judiciais indicam que tanto na Alemanha como na Suíça não se adotam prerrogativas nem regras especiais para jornalistas investigativos.

Apesar do Direito constitucional de liberdade de imprensa, os jornalistas têm de respeitar as leis civis e penais assim como todo mundo. Isso quer dizer que os dispositivos penais são aplicáveis ainda que um escândalo político só possa ser revelado mediante a violação deles, ou seja, mediante intromissão e registro fotográfico em aposentos privados. A “defesa de necessidade” prevista no § 34 do StGB somente pode ser usada como justificativa em casos

excepcionais, quando o interesse público pela revelação prevalece sobre o interesse do indivíduo, o que raramente ocorre.

A RESPONSABILIDADE PENAL DE EDITORES

Por fim, abordarei a questão da responsabilidade penal de editores de jornais e de outros veículos pela publicação ou exibição de imagens que violem os direitos de outrem.

No Direito Penal alemão, toda acusação ou condenação penal requer a responsabilidade penal de uma pessoa individual e física. Não se reconhece a responsabilidade penal coletiva e associativa para pessoas jurídicas. O § 14 do StGB trata da responsabilidade de representantes de pessoas jurídicas. Em editoras e em empresas jornalísticas, o editor geral é o principal responsável pela supervisão e verificação de todos os materiais publicados.²⁵

Mesmo que ele não autorize pessoalmente a publicação de determinada imagem, pode ser responsabilizado por faltar ao seu dever de monitorar as publicações. No Direito Penal esse dever é denominado “dever de garante” [*obligation of guarantor*], que consiste em um dever de agir em determinadas circunstâncias. Se ele deixa de agir de modo condizente, pode-se postular uma infração penal por omissão.²⁶ Pode-se dizer o mesmo sobre o organizador de uma edição. Ele é responsável pela direção da publicação em sua íntegra e tem as mesmas obrigações que o editor geral.²⁷

Por último, mas não menos importante, há o redator-chefe, o profissional que responde por determinada publicação ou matéria. As regulamentações dos estados alemães sobre a imprensa geralmente dispõem que ele tem de assegurar que matérias de periódicos, ou outras obras impressas, não apresentem conteúdos que constituam infração penal. Caso ele deixe de cumprir seus deveres de supervisão, pode ser ele próprio condenado pelo delito. Qualquer participação nas infrações do § 201a do StGB e do § 33 do KUG requer um dolo. No entanto, a maioria das leis de imprensa dos estados alemães prevê pena para o ato doloso ou negligente de deixar de cumprir aquela mesma obrigação de supervisão.²⁸

No que diz respeito às correspondentes infrações penais federais, temos de fazer uma distinção entre a criação não autorizada e a divulgação não autorizada das imagens. Uma vez que editores, organizadores ou redatores

não tiram fotos eles mesmos, não podem ser condenados como os efetivos autores do delito sob o Direito Penal alemão, nem como coautores nem como autores mediatos. Visto que o repórter comumente decide por si próprio quando, onde e como tirar determinada foto, está em pleno controle da situação e responde integralmente pela infração. Desse modo, editores, organizadores e redatores que atuem em segundo plano só podem ser condenados como cúmplices (§ 26 do StGB) ou colaboradores (§ 27) por induzirem ou auxiliarem o autor.

É preciso ter em mente que os juízos criminais alemães são bem específicos em sua definição do dolo requerido para cúmplices.²⁹ O objeto, a ocasião e as circunstâncias do delito devem ser intencionadas e expressas pelo cúmplice em seus principais aspectos.³⁰ A mera designação de um repórter para “investigar a privacidade de determinado político por quaisquer meios” não é suficiente. Também não basta recomendar ao repórter que “ignore todas as leis penais”.

Já os requisitos para colaboração com o autor são bem menores.³¹ Contudo, mesmo para a responsabilidade penal por colaboração não basta recomendar ao repórter que “escreva uma boa matéria não importa como”. É imperativo que as partes no mínimo discutam e combinem os principais elementos do delito. Além disso, se o repórter age por iniciativa própria e sem nenhuma orientação, os editores não podem ser penalizados por colaborar com as contravenções mesmo que tenham prometido publicar “qualquer matéria” – ou seja, até mesmo com fotos não autorizadas e ilícitas – ou fornecido ao repórter os instrumentos necessários para cometer o delito – por exemplo, a câmera.

Não obstante, pode ocorrer colaboração caso o editor dê a ordem explícita de que se escreva uma matéria sobre determinado político e deixe claro que retratos da privacidade dele são muito bem-vindos. Caso as instruções sejam bem específicas, o editor pode até ser punido como cúmplice por induzir o repórter a cometer a infração de ingresso não autorizado (§ 123 do StGB) ou a de violação da privacidade íntima ao tirar as fotos (§ 201a do StGB). Por outro lado, essa conduta não constitui colaboração conforme o § 33 do KUG, já que essa disposição requer a publicação das fotos e o repórter não as publica ele próprio.

Entretanto, editores podem cometer eles próprios a infração tratada no § 33 do KUG ao publicar as fotos ou ao exibi-las na TV ou na internet. Para determinar

quem responde como autor dessa infração, é preciso examinar a estrutura da respectiva empresa a fim de identificar o responsável pela divulgação.

O § 33 do KUG requer que o perpetrador aja com dolo, ou seja, que ele saiba ou ao menos suponha que a publicação não é autorizada e pratique deliberadamente ou ao menos aprove essa ilegalidade. Essa norma não abrange negligência. Portanto, editores não podem ser punidos caso ajam de modo não intencional, isto é, caso não inspecionem detidamente seus subordinados ou suas publicações. Isso é muito importante no tocante a erros de fato – por exemplo, caso os editores erroneamente suponham que a publicação das imagens seja autorizada. De acordo com o § 16 do StGB, eles não podem ser punidos porque lhes falta o necessário dolo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que diz respeito à responsabilidade penal de fotógrafos e editores pela criação e divulgação de fotografias [no contexto legal alemão], chegamos às seguintes conclusões.

É preciso sempre fazer uma distinção entre os atos de tirar e de divulgar uma foto. Com relação ao ato de tirar uma foto, editores só podem responder por colaboração com o perpetrador, isto é, o repórter que tirou a foto. Com relação à publicação da foto, os editores podem responder como autores (quanto a isso, poderíamos cogitar se o não cumprimento da obrigação de supervisão por parte do editor deve justificar punição em virtude de negligência, haja vista que as infrações penais do § 201a do StGB e no § 33 do KUG requerem dolo). Em cada caso o juiz tem de pôr na balança e contrapesar os direitos conflitantes do fotógrafo – como o de liberdade de imprensa – ou do público e da pessoa retratada.

Da perspectiva do Direito Penal, tal configuração não é concludente. A criação de uma fotografia só constitui um ato passível de pena se o retrato viola a privacidade íntima de outrem (poder-se-ia indagar aqui se esses casos devem mesmo constituir crime, se não bastaria sujeição à justiça civil). Já a publicação da foto sempre constitui crime a menos que seja feita com o consentimento da pessoa retratada ou em determinadas circunstâncias que constituam uma exceção à regra, como no caso de fotos que apresentem cenas da história contemporânea.

Por via de regra, não há leis especiais nem prerrogativas para jornalistas afora o fato de que o Direito à liberdade de imprensa deve ser levado em conta no exame de colisão de direitos (a concessão de tais prerrogativas poderia ser considerada aqui: jornalistas que busquem revelar contravenções políticas não deveriam ser autorizados a transpor certos limites, ainda que essas intromissões comumente constituam crime?). Como se pode notar, requer-se muita ponderação de direitos para determinar a responsabilidade, e isso pode gerar muitos erros de fato por parte do autor.

NOTAS

1 BGHZ 131, 1128 – Caroline de Mônaco; BGH NJW 2007, 1981 – Ernst August de Hannover; BGH NJW 2008, 3141 – Caroline de Hannover.

2 BVerfGE 101, 361 – Caroline de Mônaco.

3 ECHR NJW 2004, 2647 – Caroline de Hannover. [N.T.: ECHR é a sigla em inglês do Tribunal Europeu de direitos Humanos: European Court of Human Rights.]

4 BVerfGE 10, 271 (274); BVerfGE 74, 358 (379); BVerfGE 82, 106 (120); BVerfGE 111, 307 (317).

5 BVerfGE NJW 2005, 2685 (2688) – Görgülü.

6 BGBl. 2004 I, 2012.

7 RGZ 45, 170.

8 BGE (Suíça) 118 IV, 319; AfP 1990, 292; NJW 1994, 504.

9 BVerfGE 101, 361 (387) – Caroline de Mônaco; BGHZ 171, 275 (278 f.) – Festival de inverno.

10 BVerfGE 35, 202 – Lebach I.

11 BGHZ 171, 275 (281) – Festival de inverno; BGH NJW 2007, 1981 – Ernst August de Hannover; BGH NJW 2008, 749 (750).

12 BVerfGE 101, 361 (392) – Caroline de Mônaco.

13 BVerfGE 91, 125 (138) – Filmando num tribunal.

14 BVerfGE 101, 361 (392 f.) – Caroline de Mônaco; BGHZ 131, 332 (336 f.) – Caroline de Mônaco II.

15 BGH GRUR 1956, 427 (428) – Paul Dahlke; BGH GRUR 1992, 557 – Johannes Fuchsberger; BGH GRUR 2000, 709 (714) – Marlene Dietrich; BGH GRUR 2002, 690 (691) – Marlene Dietrich.

16 BGH GRUR 1968, 652 (653); BGH GRUR 1979, 425 (426) – Franz Beckenbauer; BGH GRUR 1979, 732 (734); OLG Frankfurt AfP 1988, 62 (62 f.) – Boris Becker; OLG Frankfurt NJW 2000, 594 – Katharina Witt.

17 BVerfGE 101, 361 (392 f.) – Caroline de Mônaco; BGHZ 131, 332 (336) – Caroline de Mônaco II.

18 BVerfGE AfP 2001, 212 (214) – Ernst August de Hannover; OLG Hamburg AfP 1995, 665 (666) – Ester Schweins.

19 ECHR NJW 2004, 2647 – Caroline de Hannover.

20 EMERY, F. *Watergate: The Corruption of American Politics and the Fall of Richard Nixon*, 1990; KUTLER, S. *The Wars of Watergate: The last crisis of Richard Nixon*, 1990; SCHUDSON, M. *Watergate in American Memory: How We Remember, Forget, and Reconstruct the Past*, 1992.

21 JÄGER, H. “Windiges aus der deutschen Luftfahrt”. In: *Die Weltbühne*, nº 11, 1929, p. 402.

22 RG, 23. November 1931 – 7 J 35/29 (não publicado); see Gusy, GA 1992, 195 (208 ff.); *Hannover/Hannover-Drück, Politische Justiz 1918-1933*, 2.ed. 1987, p. 186 ff.; *Hanten, Publizistischer Landesverrat vor dem Reichsgericht*, 1999, p. 158 ff.; Klug, Baumgärtel-FS 1990, S. 249.

23 BVerfGE 66, 116 – Wallraff; BGHZ 80, 25 – Wallraff. [N.T.: O tabloide em questão é o *Bild*, o de maior circulação na Alemanha.

24 BGE (Suíça) 118 IV, 319.

25 BGHZ 73, 120 – Kohl/Biedenkopf.

26 BVerfGE 113, 63 (85).

27 BGHZ 14, 163 (178) – Constanze II; BGH NJW 1980, 2810 (2811); OLG München NJW 1989, 910 (910 f.).

28 § 20 II LPG Baden-Württemberg; § 19 II LPG Berlim; § 14 II LPG Brandemburgo; § 20 LPG Bremen; § 19 II LPG Hamburgo; § 19 II LPG Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental;

PREFÁCIO

§ 20 LPG Baixa Saxônia; § 21 II LPG Renânia do Norte-Vestefália; § 63 LMG Sarre; § 12 II LPG Saxônia; § 12 LPG Alta Saxônia; § 14 II LPG Schleswig-Holstein; Art. 20 III LPG Bavária. Não há nenhuma regulação específica nas leis de imprensa estaduais de Hesse, Renânia-Palatinado e Turíngia.

29 BGHSt 34, 63.

30 BGHSt 6, 359 (361); BGHSt 15, 276 (277); BGHSt 34, 63 (66 f.); BGHSt 40, 218 (231); BGHSt 42, 332 (334); *Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil II*, 2.ed. 2010, Rn. 1288.

31 BGHSt 42, 135 (138); BGHSt 42, 332 (334); BGHSt 46, 107 (109); *Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil II*, 2.ed. 2010, Rn. 1337

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : EMERY, F. *Watergate: The Corruption of American Politics and the Fall of Richard Nixon*, 1990.
- : GUSY, C. *GA*, 1992.
- : HANNOVER, H. & HANNOVER-DRÜCK, E. *Politische Justiz, 1918-1933*. 2ª Ed. Göttingen: Lamuv, 1987.
- : HANTEN, M. *Publizistischer Landesverrat vor dem Reichsgericht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.
- : HEINRICH, B. *Strafrecht Allgemeiner Teil II*. 2.ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, Rn. 1288.
- : JÄGER, H. “Windiges aus der deutschen Luftfahrt”. In: *Die Weltbühne*, nº 11, 1929.
- : Klug, Baumgärtel-FS 1990
- : KUTLER, S. *The Wars of Watergate: The last crisis of Richard Nixon*. New York: WW Norton & Company, 1990.
- : SCHUDSON, M. *Watergate in American Memory: How We Remember, Forget, and Reconstruct the Past*. New York: Basic Books, 1992.

A DEFINIÇÃO DE “ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA” NO DIREITO PENAL ALEMÃO: UMA ANÁLISE DE SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Angélica Romero Sánchez

Tradução do Alemão: Yuri Corrêa da Luz

O presente artigo tem por objeto a definição de organização criminosa no Direito alemão (§ 129 do Código Penal). No ordenamento jurídico desse país, ainda não existe qualquer definição legal precisa a respeito do que se entende por organização criminosa. Por conta disso, este trabalho procura analisar o desenvolvimento histórico desse instituto por meio de um estudo que congrega elementos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários extraídos de diversas de suas formulações ao longo da história. A escolha desse método historiográfico justifica-se na medida em que, partindo dessa perspectiva, acreditamos ser possível evidenciar tanto o contexto de surgimento quanto o próprio desenvolvimento conceitual da ideia de organização criminosa enquanto instituto jurídico do Direito Penal alemão¹.

Assim, visando esse objetivo, após uma breve introdução (I), analisaremos o desenvolvimento histórico do conceito jurídico de organização criminosa em quatro diferentes momentos (II) para que, então, seja possível resumir e valorar criticamente esse processo (III).

DESENVOLVIMENTO

Isso posto, nas páginas a seguir, o conceito de organização criminosa será analisado em seu desenvolvimento histórico, desde sua formulação no Direito romano tardio, passando pelo Direito da Era Franca e pelo antigo Direito Comum (A), pelo Direito Prussiano (B), pelo Direito do *Reich* alemão², da República de Weimar e do Estado nazista (C) até chegarmos à sua atual conformação no Direito Penal da República Federal da Alemanha (D).

A. DO DIREITO ROMANO TARDIO AO ANTIGO DIREITO COMUM

● **1. DIREITO ROMANO**

Já no unificado Direito Romano da Era Republicana, e, sobretudo, sob a égide do Principado, era possível encontrar normas jurídico-penais que cuidavam das chamadas “associações ilícitas” (*collegium illicitum*).

a) Características da associação

O *collegium* dos romanos correspondia à noção grega de *ἑταιρία* (“Hetairia” = “associação de amigos”)³. Por meio dela, fazia-se referência a um conjunto de pessoas reunidas em torno de deveres ou de objetivos comuns. Um posterior desenvolvimento desse conceito fez ainda com que o termo *collegium* passasse a compreender também as noções de *corpus* (“corporação”) e de entidade, sendo que já nessa época mostrava-se necessária, para a existência de uma associação, a participação e a colaboração mútua de ao menos três pessoas⁴.

b) Qualificação da associação

Aqueles que participavam de uma associação ilícita eram penalizados com o mesmo rigor daqueles acusados de ocuparem locais públicos e templos portando armamentos⁵. Essa equiparação surgiu como forma de combater associações políticas que, por tentarem manipular as eleições, eram vistas como “ameaças ao interesse público”⁶. Posteriormente, contudo, uma crescente restrição à liberdade de associação acabou por inviabilizar praticamente toda e qualquer organização que não fosse expressamente autorizada⁷. Nesse primeiro plano, pouco importava saber se participar de uma associação proibida constituía um *crimen majestatis* de caráter verdadeiramente político ou apenas um simples *crimen vis* de caráter apolítico⁸. Decisivo, pelo contrário, era determinar se aqueles que compunham uma associação ilícita conduziam ou não uma insurreição contra o poder público em geral, ainda que suas condutas não fossem dirigidas diretamente contra a política exercida pelo Estado romano⁹. Em um segundo plano, no entanto, mostrava-se sempre necessário verificar se, na associação proibida, o que se sobrepujava era seu lado político ou seu lado meramente violento, de modo a que se pudesse, então, decidir se seus integrantes deveriam ser apenados por um *crimen majestatis* ou apenas por um *crimen vis*¹⁰. Diante disso, percebe-se que já no Direito Romano unificado se estabeleciam diferenças na punibilidade da participação em uma associação criminosa conforme a espécie de associação que estava em jogo.

• 2. DO DIREITO DA ERA FRANCA AO ANTIGO DIREITO COMUM

Também as fontes do Direito da Era Franca¹¹ proibiam as formas mais germinais de associações consideradas ameaçadoras pelo poder público. Assim era nos tempos de Carlos Magno, quando se proibiu a associação sob juramento para o fortalecimento e apoio mútuo de seus membros em uma “gildonia”¹². À época, apenas se autorizavam associações de assistência recíproca nos casos de extrema necessidade, nos quais estava em jogo a garantia de proteção e de segurança de seus integrantes e desde que não sob juramento¹³.

Essa proibição das associações sob juramento fora instituída como forma de fortalecer o reinado de Carlos, o Grande. Para exercer de maneira eficaz o poder sobre seus súditos, o então rei entendera ser extremamente necessário dispor do monopólio sobre o juramento¹⁴, dado que por meio desse ato surgia um novo grupo social, transformando indivíduos isolados em corporações dotadas de capacidade autônoma de ação¹⁵. As relações de lealdade entre integrantes de uma associação eram vistas por Carlos, o Grande, como uma ameaça ao poder estatal corporificado na figura do rei, ameaça essa que poderia se concretizar tanto na deslealdade de senhores feudais quanto nas ações de serviçais traidores ou de ladrões e bandoleiros¹⁶. Por conta disso, toda espécie de organização formal não autorizada (*conspirationibus*) deveria ser submetida à pena pública¹⁷.

Com o desenvolvimento urbano, no âmbito do qual esses atos de formalização desempenhavam um papel central, as punições para esses casos cresceram ainda mais¹⁸. E nas hipóteses em que uma associação não era expressamente proibida, procurava-se de qualquer modo impor uma proibição à reunião, proibição essa cuja violação também era submetida à sanção penal¹⁹.

Finalmente, os documentos mostram ainda que, de acordo com o antigo Direito Comum, as associações ilícitas deveriam ser dissolvidas, sendo seus integrantes apenados de acordo com a qualidade/finalidade da associação a que pertenciam²⁰. Nesse ponto, no entanto, cumpre ressaltar que, pelos fundamentos do Direito Comum, uma associação apenas seria tida como punível se e quando perseguisse determinados objetivos políticos – como a alta traição²¹.

B. O DIREITO PENAL PRUSSIANO

• 1. DIREITO COMUM PARA O ESTADO DA PRÚSSIA

Não obstante esse quadro, a origem imediata do § 129 do Código Penal alemão remonta ao Édito prussiano de 1798, para a prevenção e punição de organizações secretas tidas como aptas a prejudicar a segurança em geral²². Tal Édito incorporava importantes modificações aos §§ 184 e 185 da quarta seção do vigésimo título da segunda parte do Direito Comum para o Estado Prussiano, de 1794 (“dos crimes contra a paz interna e a segurança do Estado”).

A partir de então, esses dispositivos passavam a impor às organizações secretas um dever penal de notificação sempre que sua existência pudesse afetar a segurança estatal. Ademais, fora por meio dos §§ 2 e 5 do Édito de 1798 que se fez, pela primeira vez, menção a características objetivas capazes de guiar a análise jurídica e a responsabilização das associações ilícitas²³. Do ponto de vista político-criminal, buscara-se, com isso, evitar o surgimento de riscos aos interesses políticos do Estado prussiano, particularmente diante do pano de fundo instalado com a Revolução Francesa²⁴.

• 2. CÓDIGO PENAL PRUSSIANO

Os §§ 2 e 5 do Édito de 1798 foram formulados no contexto dos conflitos políticos surgidos após o Congresso de Viena de 1815 e constituem, ao mesmo tempo, a matriz da legislação dos Estados alemães²⁵. Nesse plano, do ponto de vista dogmático, sobretudo duas leis de 1838 são de grande importância para o desenvolvimento da atual definição de organização criminosa.

Em primeiro lugar, o Código Criminal do Reino da Saxônia de 1838, cuja regra estampada em seu Art. 93²⁶ viria a servir de matriz para o Código Penal prussiano. Por meio desse dispositivo, a ameaça representada pelas associações fora prevista em três figuras típicas claramente distintas²⁷. Ao passo que as duas primeiras figuras tinham por fim a punição de neutralizações ilícitas do exercício do poder estatal²⁸, a terceira figura previa propriamente um crime formal de pertencimento a uma associação. Somada a essa importante distinção, em segundo lugar, a Lei Prussiana de Punição de Associações Estudantis de 1838, a qual em seus §§ 6 e 7 remontava ao já mencionado § 2 do Édito de 1798, passara, ademais, a diferenciar tecnicamente uma associação política²⁹ de uma associação apolítica³⁰.

Fora ainda muito significativo o Código Penal prussiano de 1851³¹, cujos §§ 98 e 99 constituíram um modelo que sobreviveu cerca de 100 anos – até a revogação do § 128 do Código Penal alemão em 1968 –, sem sofrer praticamente qualquer alteração. Nesse plano, mostrou-se de grande importância a clara distinção, feita por esse Código, entre forma e finalidade da associação ilícita. De um lado, no que concerne à forma, esse diploma submetia à sanção penal a participação em uma associação secreta e rebelde (nos termos de seu § 98). De outro lado, no que tange a suas finalidades, ele determinava a punição das associações que visavam a objetivos ilícitos (e, portanto, não necessariamente criminosos³²) relacionados com a conduta de evitar o controle ou mesmo a punição estatal sobre determinado fato (cf. § 99 do Código Penal, inspirado no Art. 93 do Código Criminal da Saxônia); é nesse sentido, portanto, que se afirmava que a “inimizade para com o Estado”, insculpida no *nomen juris* do § 99, referia-se ao ato de neutralizar ilicitamente o poder de controle estatal.

Em ambos os delitos previstos nos §§ 98 e 99 do Código Penal prussiano era possível verificar dois elementos diversos: de um lado, a participação em uma associação; de outro, sua manutenção em segredo pela promessa de obediência à associação ou pela tentativa de neutralização do poder estatal – características essas que, em conjunto, representavam uma verdadeira ameaça contra o Estado³³. Pouco depois, consolidara-se o entendimento de que essas características não expressavam qualquer usurpação do poder soberano e de seu controle fiscalizatório, representando, na realidade, um perigo para o Estado e para a sociedade³⁴. O conceito de organização abrangia, nessa nova acepção, todo tipo de união de pessoas cujo objetivo era alcançar determinados fins ilícitos comuns³⁵.

C. DO DIREITO PENAL DO REICH ALEMÃO AO DIREITO PENAL DO NAZISMO

Com forte influência sobre os princípios do *Reich*, os §§ 98 e 99 do Código Penal prussiano foram posteriormente incorporados aos §§ 128 e 129 do Código Penal do *Reich* alemão, de 1871³⁶.

● 1. CARACTERÍSTICAS DA ASSOCIAÇÃO

De acordo com a interpretação do § 129 do Código Penal feita pelo Tribunal

do *Reich*, seriam necessárias duas características para que houvesse uma associação no sentido desse dispositivo: de um lado, a “submissão de um indivíduo a uma vontade geral (por exemplo, por meio de um comando superior ou de um mecanismo de voto majoritário), isto é, a uma organização superior, mesmo que não exista para ela qualquer estatuto escrito”; e, de outro, uma “estabilidade por certo período de tempo – obviamente determinável apenas *in concreto* –, em oposição às associações formadas em caráter meramente temporário”³⁷. Inicialmente, essa “participação” em uma associação ilícita fora compreendida como atuação em sentido mais amplo³⁸, até que o Tribunal do *Reich*³⁹ passou a adotar a tese segundo a qual, para a configuração do tipo em tela, seria necessário que o indivíduo participasse como membro efetivo do corpo de associados⁴⁰.

• 2. QUALIFICAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO

Opondo-se à doutrina majoritária⁴¹, a jurisprudência do Tribunal do *Reich* entendera que a organização de que tratava o § 129 do Código Penal deveria ter por objetivo influenciar ou mesmo impactar de alguma forma as questões públicas⁴² – o que, vale lembrar, não se restringia apenas a temas políticos em sentido estrito⁴³. Não obstante, os §§ 128 e 129, logo após verem seus antecessores sendo utilizados contra “associações estudantis de caráter político”⁴⁴, acabaram mesmo tendo seus contornos definidos no curso de processos instaurados contra agrupamentos anarquistas e contra membros do partido social-democrata, os quais permaneceram proibidos de funcionar de 1878 até 1890, sob a vigência da chamada “lei para os socialistas”⁴⁵.

Por outro lado, esses dois dispositivos não tiveram qualquer importância direta nos anos seguintes, no âmbito da chamada Era Weimar, ao menos em um primeiro momento⁴⁶. Apenas indiretamente eles se mostraram relevantes após terem sido incorporados ao § 7 inciso 4 da Lei de Defesa da República de 1922⁴⁷. Por meio desse diploma legal, o legislador adotara pela primeira vez uma nova diferenciação baseada nas finalidades da associação ilícita.

Assim, ao passo que as figuras típicas previstas nos §§ 128 e 129 do Código Penal do *Reich* apenas abrangiam aqueles agrupamentos que buscavam impactar as questões públicas, essa nova lei especial considera puníveis aquelas associações que se voltavam diretamente contra a forma estatal conformada

pela Constituição de Weimar⁴⁸. De acordo com o espírito do legislador de então, esse regramento servia para sancionar tanto os extremismos políticos da direita quanto os extremismos políticos da esquerda daquela época⁴⁹. Ademais, pela primeira vez ampliou-se o tipo penal para incluir comportamentos de apoio a associações ilícitas. Isso se mostrara necessário na medida em que a nova jurisprudência da época não punia qualquer tipo de participação na associação, mas – como já apontado – apenas aquelas ações que podiam ser vistas como provenientes de um efetivo membro do corpo de associados⁵⁰.

Em seu § 27, a Lei de Defesa da República de 1922 previa, a princípio, uma limitação temporal para a vigência desse dispositivo de proteção estatal. Por conta disso, depois de transcorrido seu prazo de vigência, a regra esculpida no § 7, inciso 4, desse diploma acabara tendo de ser incorporada ao § 4, inciso 1 da nova Lei de Defesa da República de 1930⁵¹ (apenas o termo “especialmente mediante pagamento” fora excluído da nova redação), tornando-se inválida apenas um mês antes da tomada de poder conduzida por Hitler⁵².

Com a crescente restrição das liberdades motivada pelo fortalecimento do nazismo, com a entrada em vigor do Art. 2 do chamado “Decreto do Incêndio do Parlamento”⁵³ e com as consequentes “ordens de detenção preventiva” dirigidas também às chamadas “organizações do submundo”, conhecidas como *Ringvereine* (as quais, vale dizer, passaram a operar sob estigma)⁵⁴, mostrou-se desnecessária, durante todo o período de 1933 a 1945, qualquer reforma significativa dos tipos penais de associação⁵⁵.

D. O DIREITO PENAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA

Passada a 2ª Guerra Mundial, o instituto da organização criminosa volta a ter atenção por parte do Direito. Nesse novo contexto, são de grande importância a Primeira Lei de Reforma do Direito Penal, datada de 1951⁵⁶, e o § 22, inciso 5, da Lei para Regulação do Direito Público de Associação (*Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts*), de 1964, as quais constituem a origem direta da atual redação do § 129 do Código Penal alemão⁵⁷. Em comparação com seu antecessor do Código Penal do *Reich*, o então § 129 do Código Penal apresentara uma série de modificações. Assim é que, em conexão com o disposto no § 7, da Lei de Defesa da República de 1922 e no § 4, nº1 da Lei

de Defesa da República de 1930, a nova redação dada pela Primeira Lei de Reforma Penal tornava punível todo tipo de apoio a uma organização criminosa – até mesmo quando ele não implicasse em uma participação direta nela⁵⁸, bastando, para tanto, que a conduta em questão fosse apta a fomentar a consecução dos objetivos ilícitos daquele grupo.

Ademais, a Lei para Regulação do Direito Público de Associação fora ainda mais longe, tornando punível fazer propaganda para uma organização criminosa, bem como a tentativa de fundar uma tal organização⁵⁹.

● 1. CARACTERÍSTICAS DA ORGANIZAÇÃO

Se observarmos com atenção, podemos notar que, por meio da 1ª Lei de Reforma Penal, a expressão “associação”, prevista no § 129 do Código Penal do *Reich*, fora substituída pelo termo “organização” sem que qualquer explicação para essa mudança constasse da fundamentação do Projeto de Reforma. Não obstante, logo após os trabalhos legislativos o então Ministro da Justiça justificara essa substituição afirmando que o termo “organização” teria por objetivo garantir que o dispositivo em tela dispusesse do âmbito de aplicação mais amplo possível.

Nesse sentido, afirmava, o conceito de “associação” seria mais restrito se comparado ao conceito de “organização”, pois exigiria, para além dos elementos constitutivos dessa última, também a presença de outras características específicas para sua existência⁶⁰. Essa afirmação do Ministro da Justiça orientava-se, claramente, pela histórica distinção entre “associação” e “organização” assumida pelo redator dos §§ 1º a 5º da Lei de Defesa da República de 1922⁶¹. Apesar de tudo isso, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça (BGH) permanecera mantendo a linha jurisprudencial iniciada na vigência dos §§ 128 e 129 do Código Penal do *Reich*, entendendo, assim, que os conceitos de “associação” e de “organização” seriam essencialmente idênticos⁶².

Também em relação às características constitutivas de uma organização criminosa, o Superior Tribunal de Justiça (BGH) dera continuidade à jurisprudência do Tribunal do *Reich*, segundo a qual esse conceito abrangia apenas e tão-somente grupos organizados formados por três ou mais pessoas, durante certo período de tempo, e que submetiam a vontade de seus membros a uma vontade coletiva capaz de fazê-los se sentir como uma “unidade associativa”⁶³.

Nesses termos, o conceito de organização criminosa compunha-se de quatro características elementares⁶⁴: uma pessoal, uma organizativa, uma relacionada à sua formação de vontade e uma temporal.

A característica pessoal estabelecia que, para que se estivesse diante de uma organização criminosa, seria necessária a existência de no mínimo três indivíduos a integrá-la. Desse modo, entendia-se que uma reunião de apenas duas pessoas não seria capaz de concretizar nem a periculosidade típica de um acordo constitutivo nem a dinâmica de funcionamento próprias de uma organização criminosa⁶⁵.

A característica organizativa, por sua vez, exigia que essa união de três ou mais pessoas fosse, ademais, marcada por uma estrutura de organização minimamente rígida, que impusesse deveres recíprocos a seus integrantes. Assim, de acordo com a jurisprudência dominante à época, a estruturação interna da organização criminosa deveria ser sólida o bastante a ponto de fazer com que seus objetivos fossem estabelecidos de acordo com determinadas regras do próprio grupo, bem como com que as diversas preferências de seus integrantes fossem colocadas em segundo plano em relação ao interesse da coletividade.

Para tanto, mostravam-se ações colaborativas por parte de todos os membros da organização em um esquema coordenado de divisão de atribuições visando à consecução de um fim comum. Não se exigia, contudo, que todos os integrantes estivessem presentes na realização de cada ato individual, ocorrendo de determinado ato ser cometido por composições variáveis de membros da organização⁶⁶.

Já a característica relacionada ao processo de formação de vontade da organização tornava necessário que seus integrantes colocassem suas opiniões e vontades individuais abaixo dos objetivos criminosos do grupo, isto é, que tomassem por vinculante uma espécie de vontade geral⁶⁷. De acordo com essa ideia, exigia-se que existissem, no interior da organização, determinadas estruturas decisórias reconhecidas e tomadas como basilares por seus membros⁶⁸, capazes de desenvolver certa dinâmica de grupo e, precisamente por isso, de criar a específica periculosidade que justificaria sua punição⁶⁹. Desse modo, agrupamentos com estrutura organizacional fortemente hierarquizada, com forma empresarial autocrática ou com condução rígida de ações delitivas

coordenadas acabavam caindo fora do espectro de incidência do conceito de organização criminosa. Afinal, não obstante seu potencial coordenador e sua consequente periculosidade, a esses agrupamentos faltava, em regra, uma vontade propriamente coletiva⁷⁰.

Finalmente, a característica temporal exigia que a organização se perpetuasse por determinado período de tempo, não bastando que um grupo de pessoas se reunisse apenas por um breve momento visando à consecução de determinado fim comum. Vale lembrar, contudo, que não era considerado necessário que a duração da organização fosse absolutamente indeterminada, dado que se aceitava a existência de organizações criminosas que, ao objetivarem a realização de um delito concreto, acabaram permanecendo longo tempo planejando e preparando os meios para alcançá-lo⁷¹.

● 2. FINALIDADE DA ORGANIZAÇÃO

a) Primeira Lei de Reforma do Direito Penal

Ao passo que as características elementares constitutivas de uma organização criminosa – isto é, sua forma – permaneceram praticamente intocadas ao longo das diversas reformas pelas quais passou o Direito Penal desse período, verifica-se, em relação à finalidade das organizações, que após a Primeira Lei de Reforma estas não mais eram vistas como grupos que visavam apenas e tão-somente a neutralização do monopólio da violência por parte do Estado. A partir de então, as organizações criminosas passaram a ser tomadas como entidades cuja finalidade era, genericamente falando, o cometimento de ações delitivas. Refletindo essa mudança de compreensão, até mesmo o *nomen juris* (“organizações inimigas do Estado”) fora reformulado para “organizações criminosas”, enquanto o § 128 do Código Penal alemão permanecia com teor idêntico ao dispositivo inaugurado pelo § 98 do Código Penal prussiano⁷².

À primeira vista, essa circunstância parece sugerir que, para o legislador da Primeira Lei de Reforma, principalmente tendo em vista o Art. 9º, § 2, I, da nova Constituição de Maio de 1949, tratar-se-ia de restringir a aplicação da figura de “organizações inimigas do Estado”, insculpida no § 129 do Código Penal do *Reich*⁷³. Contudo, analisando com atenção, nota-se que não fora esse o objetivo visado pelo legislador da época⁷⁴; pelo contrário, com a reforma do § 129 do Código Penal, buscara-se atingir um objetivo político-criminal mais

amplo, capaz de afetar tanto agrupamentos políticos quanto agrupamentos com motivações não políticas⁷⁵.

Tal objetivo político-criminal consistia na busca pelo fortalecimento e pela consolidação da proteção do Estado e da Constituição, sobretudo a partir da incorporação em matéria penal do Art. 9º, § 2º e do Art. 21 § 2 da nova Constituição⁷⁶. A partir desse momento, o legislador da Reforma trazia de volta o espectro – já analisado nos itens B e C supra – dos tipos penais criados ao longo do século XIX para promover a proteção contra perigos ao Estado e à Constituição. Assim, acompanhando o § 19 da Lei de Defesa da República de 1922 e o § 11 da Lei de Defesa da República de 1930, o novo § 129a, em sua redação pós-Reforma, introduzira na legislação o crime formal de “pertencimento a uma organização ilícita”. Também a nova redação do § 90 do Código Penal, inspirada no § 7, nº 4, da Lei de Defesa da República de 1922 e no § 4, n. 1 da Lei de Defesa da República de 1930, determinara a punição de toda organização rebelde que se voltasse contra o modelo estatal adotado pela Constituição, ou – nos termos do Art. 9º, § 2, inciso 3, da Lei Fundamental – que se voltasse contra a ideia de um “acordo entre os povos”.

Desse modo, com a introdução dos §§ 90a e 129a no Código Penal alemão pós-Reforma, delinear-se de maneira mais clara uma proteção penal contra perigos políticos frente ao Estado e à Constituição. Por outro lado, o teor da nova redação do § 129, somada à própria reformulação de seu *nomen juris*, representava, ao menos em tese, uma forma de “despolitização” desse instituto se compararmos com o que anteriormente se referia como “associações inimigas do Estado”⁷⁷.

Não obstante essa suposta despolitização, contudo, tanto o § 129 reformulado pela Primeira Lei de Reforma quanto sua antecessora “associação inimiga do Estado”⁷⁸, com exceção de casos isolados como os das *Ringvereine*⁷⁹, foram sobretudo utilizados contra organizações de caráter político⁸⁰. E por muito tempo isso se aplicara também aos partidos políticos, tendência essa que apenas foi sobrestada com o advento da decisão do Tribunal Constitucional alemão nº 15, 155, de 1963⁸¹. Nesse acórdão, o Tribunal Constitucional interpretara o novo § 129 de modo a tomar o tipo penal nele inscrito como uma norma dirigida a tratar, sobretudo, de organizações voltadas ao crime⁸². Com essa inter-

pretação, o Tribunal opusera-se à leitura praticada pelo judiciário alemão desde os anos 1950, *com base na qual este dispositivo legal fora aplicado em diversos processos contra organizações comunistas*⁸³.

**b) Lei para Regulação do Direito Público de Associação
e Oitava Lei de Reforma do Direito Penal**

Seguindo a esteira inaugurada pela referida decisão do Tribunal Constitucional, o § 22 da Lei de Regramento do Direito Comum impôs mais restrições ao já limitado § 129 do Código Penal alemão. Nesse contexto, o § 129a acabou sendo eliminado e seu teor foi, por razões sistemáticas, absorvido parcialmente pela nova redação dos §§ 90a⁸⁴ e 90b⁸⁵.

A Lei para Regulação do Direito Público de Associação incluía ainda o inciso 2 do § 129, cuja primeira alínea determinava que o tipo penal de organização criminosa não deveria ser aplicado a partidos políticos, exceção feita àqueles já declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional⁸⁶. Ademais, em sua segunda alínea, o dispositivo proibia a aplicação dessa figura aos casos em que o cometimento de um delito não representava uma finalidade ou uma atividade significativamente criminosa, isto é – com base no estabelecido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 17, 155) –, não representava uma efetiva “organização voltada ao crime”⁸⁷. Finalmente, em sua terceira alínea, o legislador deixava claro que, se determinada organização tivesse seus objetivos ou práticas abarcados pelos de crimes formais contra o Estado⁸⁸ previstos nos reformados §§ 90a, 90b, 93 e 128 do Código Penal, a ela não poderia ser aplicado o disposto no § 129, sob pena de se configurar verdadeiro *bis in idem*⁸⁹.

Apesar de todas as novas limitações ao âmbito de aplicação da norma, promovidas tanto pelo inciso 2 do § 129 quanto pela diferenciação cada vez mais clara entre partidos políticos e organizações que colocavam em risco o Estado e a Constituição (distinção esta definitivamente consumada pela transposição do conteúdo do § 129a para o novo § 90b do Código Penal), o regramento penal sobre as organizações criminosas acabou sendo novamente reformulado por meio da Oitava Lei de Reforma do Direito Penal, datada de 1968⁹⁰.

O pano de fundo dessa Reforma não envolvia propriamente objetivos de ordem político-criminal. Na verdade, o que a motivara fora a política de flexibilização das tensões entre Leste e Oeste, que surgia no horizonte⁹¹. Assim

é que, nesse contexto, o § 128 do Código Penal, que na década de 1950 e no início nos anos 1960 havia sido aplicado sobretudo na punição de organizações comunistas, fora definitivamente revogado pela Oitava Reforma⁹². Do mesmo modo, os §§ 90a e 90b foram reformulados e ganharam um alcance mais restrito, passando a ser alocados entre outros delitos do título “Perigos ao Estado Democrático de Direito”⁹³, fazendo com que o inciso 2 do § 129 tivesse de ser adaptado a esse novo quadro normativo.

c) Lei de Regulamentação do Artigo 10 da Constituição

Se por meio dessas diversas reformulações do § 129 do Código Penal, desde a Primeira Lei de Reforma, não se alterara em quase nada a forma como esse instituto fora utilizado preponderantemente para combater as chamadas “associações inimigas do Estado”⁹⁴, o mesmo não vale para as mudanças realizadas sobre os regramentos processuais penais que tratavam da matéria.

Logo após a entrada em vigência da 17^a Emenda Constitucional⁹⁵, em 1968, fora aprovada, na esteira inaugurada por uma legislação de exceção⁹⁶, a Lei de Regulamentação do Art. 10 da Constituição⁹⁷. O Art. 2, § 2 dessa Lei introduziu o § 100a do Código de Processo Penal alemão, a tratar da interceptação e do monitoramento de comunicações telefônicas⁹⁸. Ao rol taxativo de delitos cujas investigações admitiam a adoção dessas medidas, pertenciam todos os tipos penais voltados à proteção do Estado, extraídos das seções nº 1, 2 e 5 do Código Penal; do mesmo modo, o delito inculcado em seu § 129 estava previsto como uma das hipóteses em que se permitia aplicar o § 100a, inciso 1, alínea c, do Código de Processo Penal.

Seguindo nessa esteira, na década de 1970, com o objetivo de dar mais efetividade ao § 100a do Código de Processo Penal, o conceito de organização criminosa previsto no § 129 do Código Penal passou também a ser aplicado às organizações apolíticas, i.e., àquelas motivadas por interesses criminosos estritamente econômicos⁹⁹. Nada obstante, essa figura ainda permanecia sendo utilizada paralelamente para combater a criminalidade política, sobretudo no âmbito de numerosas decisões do Superior Tribunal de Justiça em casos envolvendo organizações terroristas e radicais de esquerda¹⁰⁰.

No início dos anos 1980, contudo, tornou-se claro que a aplicação do conceito de organização criminosa a grupos orientados à realização de delitos

econômicos acabava se mostrando pouco viável por conta da própria interpretação dada ao § 129 do Código Penal¹⁰¹. Nesses casos, uma imputação feita com base nesse dispositivo tendia a ser inadequada, na medida em que, geralmente, não era possível verificar, nestas associações, a característica relacionada ao processo de formação de vontade do grupo, traduzida pela jurisprudência como necessidade de existência de uma “vontade geral”¹⁰². Apesar disso, por existir, à época, uma série de outros elementos que autorizavam o uso de medidas de monitoramento telefônico para além da simples referência ao disposto no § 129 do Código Penal¹⁰³, bem como por ter sido este incluído no catálogo de circunstâncias autorizadas de diversos outros meios de persecução criminal, a aplicação desse instituto mantivera-se dotada de uma função processual relevante no tratamento de casos de organizações não políticas, ao menos ao longo dos anos 1990¹⁰⁴.

CONCLUSÃO

Como instituto jurídico-penal, o conceito de organização criminosa existe desde os tempos do Direito Romano tardio, sendo que, já nessa época, exigia-se que ela fosse constituída por, no mínimo, três pessoas. Nesse período, diferenciava-se, para efeitos de punição pela participação em um *collegium illicitum*, entre diversos tipos de associação criminosa, as quais, no entanto, deveriam sempre se mostrar como ameaças ao interesse público.

Também no Direito da Era Franca, chegando até o antigo Direito Comum, é possível verificar que a participação em uma associação poderia ser sancionada penalmente se ela visasse à consecução de objetivos políticos ilícitos.

A partir do Direito prussiano, esse *status* político das associações criminosas foi refinado e elaborado por meio da referência a características objetivas atinentes à forma e à finalidade do agrupamento. Ademais, também era possível se verificar uma diferenciação legal feita entre as associações políticas e as apolíticas.

No Direito Penal do *Reich* alemão, a partir de elementos extraídos das diversas formulações desse instituto previstas tanto no Direito Romano tardio quanto em decisões do Tribunal do *Reich*, delineou-se o conceito de organização criminosa vigente até os dias de hoje, sendo de grande importância,

para tanto, a prática jurisprudencial envolvendo casos em que figuravam um grande número de organizações políticas da época.

No Direito Penal da República de Weimar, esse caráter político atribuído à organização criminosa consolidara-se ainda mais com o surgimento de novos preceitos legais a tratar dessa matéria. Assim, para além da já existente punibilidade prevista pelo Código Penal do *Reich* para diversos tipos de associações ilícitas, a legislação especial desse período passou também a punir a participação em organizações cujo objetivo era atentar contra a própria forma de Estado criada por aquela Constituição.

Sob a égide do Nazismo, por sua vez, principalmente com o advento do chamado “Decreto de Incêndio do Parlamento” e das grandes restrições à liberdade por ele trazidas, deixara de ser necessária, para o reconhecimento de uma organização criminosa, qualquer característica própria prevista pelas leis ou pela jurisprudência.

Finalmente, no Direito Penal da Alemanha atual, verificou-se que as diversas reformas dos §§ 90 e 129 do Código Penal não foram capazes de modificar sensivelmente o conceito de organização criminosa desenvolvido anteriormente pelo Tribunal do *Reich*, e tampouco se mostraram aptas a alterar o foco dado a estes dispositivos sobre as associações de caráter estritamente político.

Uma mudança na prática, que pode ter tido grande influência sobre o desenvolvimento posterior dos requisitos de punibilidade das organizações de caráter apolítico, surgiu apenas por meio de reformas no âmbito do Processo Penal alemão. Paradoxalmente, no entanto, os objetivos político-criminais dessas reformas – as quais introduziram o § 129 do Código Penal no rol de delitos cujas investigações admitiam o uso de monitoramento telefônico – permaneciam visando ao combate de uma criminalidade propriamente política. Ademais, verificou-se que os julgamentos de organizações com interesses criminosos estritamente econômicos, feitos com base no § 129 do Código Penal, também acabavam sendo obstaculizados pela própria interpretação restrita dada pela jurisprudência ao conceito de organização criminosa desde o século XIX, interpretação esta forjada sob a égide de um paradigma que reduzira as organizações ilícitas, fundamentalmente, àquelas associações marcadas por um caráter essencialmente político.

De lá para cá, a função processual penal do § 129, no plano da investigação de organizações apolíticas, tem se restringido gradualmente¹⁰⁵, na medida em que, após muitos debates políticos e jurídicos, uma série de novos delitos tem sido incorporada ao rol de condutas cuja investigação autoriza o uso de monitoramento telefônico e de outras técnicas especiais de persecução penal¹⁰⁶.

Para além de todo esse quadro exposto, permanece em aberto saber se podemos esperar novas mudanças advindas do Direito Europeu e de seu conceito de organização criminosa¹⁰⁷, em vistas de uma elaboração ainda maior da definição adotada pelo Direito Penal na Alemanha. De qualquer modo, ao menos até o presente momento, nem o legislador europeu¹⁰⁸ nem a jurisprudência europeia¹⁰⁹ foram capazes de inovar nesse campo.

NOTAS

1 GRÄBLE-MÜNSCHER, J. “Der Tatbestand der kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) aus historischer und systematischer Sicht”. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Doutorado pela Faculdade de Direito da Ludwig-Maximilians-Universität zu München. München, 1982, p. 5.

2 N.T.: O termo “*Reich*”, utilizado como substantivo, poderia ser traduzido literalmente por “reinado”, “reino” ou “império”. No entanto, sabe-se que, no contexto histórico da Alemanha, este vocábulo obteve um significado especial, principalmente a partir do processo de unificação conduzido pelo chanceler Otto von Bismarck, em 1871. A partir desse momento, a união de Estados até então independentes passara a ser chamada de “*Deutsches Reich*”, sendo esse o nome oficial adotado pela Alemanha até o ano de 1945. Isso posto, tendo em vista resguardar o sentido específico que esse termo detém no contexto histórico em tela, consideramos mais adequado mantê-lo em seu original alemão, sem qualquer tradução específica para o Português.

3 Sobre o conceito (político) de associação pacífica, ver: MANN, C. *Die Demagogen und das Volk: Zur politischen Kommunikation im Athen des 5. Jahrhunderts*: Berlin: De Gruyter, 2007, pp. 98 e ss.

4 Para detalhes, ver LONG, G. “Collegium”. In: SMITH, W. (Org.). *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. 2. ed. Boston, 1859, p. 310 e ss.

5 Cf. MOMMSEN, T. *Römisches Strafrecht*. Leipzig, 1899, p. 662 e ss., nota de rodapé nº 1, fazendo referência ao Livro 47 do Digesto de Ulpiano, que trata de matéria afeita ao Direito Penal: *quisquis illicitum collegium usurpaverit, ea poena tenetur, qua tenetur qui hominibus armatis loca publica vel templa occupasse iudicati sunt* (Digesto. 47, 22, 2).

6 *Idem*, p. 662, nota de rodapé nº 4, e p. 872, nota de rodapé nº 1, fazendo referência ao comentário de Asconius sobre Cícero em Pison: *collegia quae adversus rem publicam videbantur esse*.

7 *Idem*, p. 876 e ss.

8 KAYSER, P. *Abhandlungen aus dem Process und Strafrecht*. Berlin, 1873. P. 196. Sistemáticamente, também: CARSTENS, W. *Unerlaubte Verbindungen im deutschen Strafrechte des 19. Jahrhunderts*: Göttingen, 1909, p. 3.

9 *Idem.* Também: ZIRKLER, J. H. *Die gemeinrechtliche Lehre vom Majestätsverbrechen und Hochverrath*: mit beständiger Rücksicht auf die Verschiedenheiten der Doctrin, Praxis, neuer und alter Gesetzgebungen aus den Quellen entwickelt. Stuttgart, 1836, p. 81.

10 KAYSER, P. *op. cit.*, p. 197.

11 Para detalhes, ver: JESCHECK, HH. & WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin, 1996, p. 91 e ss.

12 Ordem Capitular de von Herstal (779), Capítulo 16; citado por BORETIUS, E. A. (Org.). *Capitularia Regum Francorum*, 1º Volume. In: GESELLSCHAFT FÜR ÄLTERE DEUTSCHE GESCHICHTSKUNDE ZUR BEFÖRDERUNG EINER GESAMTAUSGABE DER QUELLENSCHRIFTEN DEUTSCHER GESCHICHTEN DES MITTELALTERS (Org.). *Monumentae Germaniae Historica, Legum Sectio II*. Hannover, 1883, p. 51: “De sacramentis per gildonia invicem coniurantibus, ut nemo facere praesumat” = “para aqueles que se organizam e colaboram mutuamente em torno de uma guilda, não ousem fazê-lo”. (tradução realizada por KROESCHELL, K. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Volume 1: Até 1250. 11. ed. Opladen-Wiesbaden, 1999, p. 77).

13 *Idem.*: “Alio vero modo de illorum elemosinis aut de incendio aut de naufragio, quamvis convenientias faciant, nemo in hoc iurare praesumat” = “Exceções sejam feitas, contudo, aos casos de apoio e de caridade, bem como aos casos de incêndio ou de naufrágio: porém, mesmo podendo haver, nestas hipóteses, associações entre os indivíduos, não se deve ousar formalizá-las”.

14 Note-se, no entanto, que ainda no século XIX era possível encontrar dispositivos que, a exemplo do § 7 inciso III da lei de combate às associações estudantis de 7 de janeiro de 1838 (PrGS 1838, 13), tomava por circunstância agravante a vinculação formal de indivíduos a associações estudantis políticas e opositoras ao poder estatal“ (*nomen juris* previsto em seu § 6).

15 HOLENSTEIN, A. *Die Huldigung der Untertanen: Rechtskultur und Herrschaftsordnung (800-1800)*. Stuttgart-New York, 1991, p. 121.

16 Alusões às Ordens Capitulares podem ser encontradas em: WAITZ, G. *Deutsche Verfassungsgeschichte*. Band 3: Die Verfassung des Fränkischen Reichs. 2. ed. Berlin, 1883, p. 304.

17 Conferir, neste sentido, a Ordem Capitular Diedenhofener (805), Capítulo 10; citado

por: BORETIUS, E. A. *op. cit.*, p. 124: “De conspiracyibus vero, quicumque facere praesumserit et sacramento quamcumque conspiracyem firmaverint (...). Primo, ut ubicumque aliquid malum per hoc perpetratum fuit, auctores facti interficiuntur; adiutores vero eorum singuli alter ab altero flagellantur et nares sibi invicem praecidunt. Ubi vero nihil mali perpetratum est, similiter quidem inter se flagellantur et capillos sibi vicissim detundant.” = “Aqueles que, em uma conspiração formalmente organizada, (...) praticarem o mal, terão seus líderes mortos, ao passo que aqueles que lhes auxiliarem serão açoitados e terão seus narizes decepados. Na hipótese de nenhum mal ter sido praticado, os conspiradores serão apenas açoitados, tendo cortados seus cabelos”.

18 VON LISTZ, F. & SCHMIDT, E. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 24. ed. Berlin, 1922, p. 644.

19 HARDTWIG, W. *Genossenschaft, Sekte, Verein in Deutschland, Band 1: Vom Spätmittelalter bis zur Französischen Revolution*. München, 1997, p. 361 e ss.

20 Exemplarmente, ver ENGAU, J. R. *Iuris Criminalis Germanico-Carolini, Ex Genuinis Fontibus Deducta Variis Observationibus Et Formulis Illustrata Atque Commoda Auditorum Methodo Adornata*. Jena, 1738, p. 315 (1º Livro, § 556, Collegium illicitum): “Collegium quod fine principis consensu coit, dissoluitur & ilius membra coercentur ex iudicis, causam collegii & qualitatem coentium attendentis, arbitrio”.

21 CARSTENS, W. *op. cit.*, p. 5.

22 Édito para controle e punição de organizações secretas aptas a prejudicar a segurança da comunidade, de 20/10/1798.

23 BÖGEL, M. *Strukturen und Systemanalyse der Organisierten Kriminalität in Deutschland*. Berlin, 1994, p. 58.

24 FELSKÉ, K. *Kriminelle und terroristische Vereinigungen – §§ 129, 129a StGB: Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert*. Baden-Baden, 2002, p. 12.

25 Neste sentido, cf. GRÄBLE-MÜNSCHER, J. *op. cit.*, p. 9 e ss.

26 Para a íntegra do dispositivo, ver: GROSS, J. C. *Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen 1838 und den Entwürfen von 1824 und 1836 mit Anmerkungen von Johann Carl Gross*. Dresden, 1838, p. 33.

27 CARSTENS, W. *op. cit.*, p. 35 e ss., e p. 85.

28 Para a exposição de motivos deste dispositivo, ver WEIß, Christian Ernst. *Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, mit erläuternden Bemerkungen zum praktischen Gebrauche und einer Vergleichung des Entwurfs: Zweiter Band*, das erste bis mit elfte Kapitel des zweiten Theils enthaltend. Dresden, 1842, p. 54 e ss.

29 *Nomen juris* previsto no § 6: “Punição de associação estudantil de caráter político”.

30 Muito embora isto tenha sido feito por meio de uma alusão ao regramento de concorrência previsto no § 57 da vigésima parte do Segundo Título Direito Comum para o Estado Prussiano, o cuja incidência fora questionada para os casos de delitos de associação (Direito Comum para o Estado Prussiano II. 20. §§ 1212 e ss.).

31 Código Penal para o Estado prussiano de 14 de abril de 1851. Preußische Gesetzessammlung PrGS 1851, 101.

32 Coletânea de Jurisprudência do Tribunal do *Reich* em Matéria Criminal RGSt nº 19, 98 e 35, 195, 197; ver também as razões desta modelo em: WEIß, Christian Ernst. *op. cit.*, p. 54 e ss.

33 CARSTENS, W. *op. cit.*, p. 95 e ss.; ver também: a sistematização formulada por VON LISTZ, F. & SCHMIDT, E. *op. cit.*, p. 645 e ss.

34 *Idem*, p. 82. Esta concepção inicial encontrava-se presente também na autocompreensão do Direito Romano tardio e dos regramentos no antigo Direito Comum.

35 Neste sentido, conferir as referências à jurisprudência antiga da coletânea do Tribunal do *Reich* em Matéria Criminal RGSt nº 13, 273 e 277.

36 Lei com redação inspirada no Código Penal da União Alemã do Norte, adotada como Código Penal do *Reich* Alemão, de 15 de maio de 1871, Reichsgesetzblatt RGBL. 1871, 127.

37 RGSt nº 13, 273, 277.

38 RGSt nº 4, 422, 424 e 9, 464, 465.

39 CARSTENS, W. *op. cit.*, p. 87, nota de rodapé nº 3, com referências ulteriores.

40 Neste sentido, conferir a RGSt nº 24, 328, 330, com referência aos RGSt nº 17 e 193.

41 Cf. referências extraídas de CARSTENS, W. *op. cit.*, p. 89, Fn. 5.

42 RGSt nº 13, 273, 277 e 35, 195, 197; no mesmo sentido, ver também WEINKAUFF, H. “Die geheimen und staatsfeindlichen Verbindungen im Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches 1927”. In: *JR*, 1928. Nº 14/15, p. 165.

43 RGSt nº 13, 273, 278.

44 Conferir nota de rodapé nº 15.

45 GRÄßLE-MÜNSCHER, J. *op. cit.*, p. 23 e ss.

46 Assim, por exemplo, cabe notar que os §§ 128 e 129 do Código Penal do *Reich* não foram mencionados em qualquer passagem do Código comentado por: VON WEBER, H. *Das Strafrechtsänderungsgesetz*. MDR, 1951.

47 Lei de Defesa da República, de 21 de julho de 1922. Reichsgesetzblatt RGBl. I, 585. Para uma exposição do desenvolvimento histórico que seguiu a primeira Lei Extraordinária de Proteção da República, ver FELSKE, K. *op. cit.*, p. 138 e ss.

48 Para a exposição de motivos, ver: FELSKE, K. *op. cit.*, p. 138 e ss.

49 *Idem*, p. 166 e ss. Não obstante esta clara intenção do legislador, a referida Lei de Defesa da República acabou sendo muito mais utilizada no combate ao extremismo da esquerda.

50 Sobre isto, ver a nota de rodapé nº 45. Uma alusão a esta questão pode ser vista também no § 1º da Lei de Defesa da República de 1922, o qual equipara a efetiva participação em uma associação ao simples ato de apoiá-la em determinado momento.

51 Lei de Defesa da República, de 22 de março de 1930, Reichsgesetzblatt RGBl. I, 91.

52 Sobre o conceito de tomada de poder, ver FREI, N. “Machtergreifung: Anmerkungen zu einem historischen Begriff”. In: *VfZ*, 1983, p. 136-145.

53 Decreto do Presidente do *Reich* para a Proteção do Povo e do Estado, de 28 de fevereiro de 1933. Reichsgesetzblatt RGBl. I, 83 (N.T.: “Decreto de Incêndio do Parlamento” é o nome comumente utilizado para se referir ao decreto formulado pelo então presidente Paul von Hindenburg em resposta direta ao incêndio ocorrido no Parlamento alemão em 27 de fevereiro de 1933. O decreto anulou uma série de liberdades civis fundamentais dos cidadãos da Alemanha. Com o partido de Hitler angariando posições centrais no governo alemão, o decreto foi utilizado como base legal para o aprisionamento de qualquer pessoa considerada opositora do Nazismo,

bem como para a supressão de publicações consideradas “pouco amistosas” à “causa nazista”. Esse ato é considerado por muitos historiadores como um dos principais passos rumo à hegemonia unipartidária do Estado nazista alemão).

54 Sobre as ordens de detenção provisória dirigidas a membros das chamadas “organizações do submundo” (*Ringvereine*), as quais foram transferidas aos campos de concentração e fuziladas após postas em debandada, ver HARTMANN, A. & VON LAMPE, K. “The German underworld and the Ringvereine from the 1890s through the 1950s”. In: *Global Crime*, nº 9 (2008), p. 131, com referências ulteriores.

55 Cf. FELSKE, K. *op. cit.*, p. 240, com alusão a uma insignificante reforma do § 49b, do Código Penal do *Reich*, acrescido por meio do § 9 do Decreto do Presidente para Manutenção da Paz Interna de 19 de dezembro de 1932, Reichsgesetzblatt RGBL. I, 548.

56 Lei de Reforma Penal de 30 de agosto de 1951, Bundesgesetzblatt BGBl. I, 739.

57 Lei de Regulamentação das Associações Públicas de 12 de agosto de 1964, BGBl. I, 593.

58 Ver, neste sentido, LENCKNER, T. & STERNBERG-LIEBEN, D., “§§ 123-131”. In: SCHÖNCKE; SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 27ª Edição. München, 2006. § 129, alínea nº 15.

59 Ver, KRAUß, Matthias. In: LAUFHÜTTE, W.; SAN, R. RV. & TIEDEMANN, K. (Org.). *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Fünfter Band §§ 125-137*. 12. ed. Berlin, 2009. § 129. Entstehungsgechichte.

60 Neste sentido, cf.: FELSKE, K. *op. cit.*, p. 284.

61 *Idem*, p. 165. No mesmo sentido, as remissões feitas por: GRÄBLE-MÜNSCHER, J. *op. cit.*, p. 45, notas de rodapé nº 159 e 160.

62 Ver, exemplarmente, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, BGHSt nº 20, 45, 60, fazendo referência ao julgado do Tribunal do *Reich* em Matéria Criminal RGSt nº 13, 273. Igualmente, ver o julgado do Superior Tribunal de Justiça em Matéria Criminal BGHSt nº 10, 17; 18, 296, 299.

63 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em Matéria Criminal BGHSt nº 28,

147, fazendo referência à Jurisprudência do Tribunal do *Reich* RGSt n° 3367; no mesmo sentido, ver a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em Matéria Criminal BGHSt n° 2009, 3448 e 3459. Para mais detalhes, cf.: KRESS, C. “Das Strafrecht der Europäischen Union vor der Herausforderung durch organisierte Kriminalität und Terrorismus”. In: *JA*, 2005, p. 224.

64 Cf.: MIEBACH, K. & SCHÄFER, J. “§§ 129 – 129b”. In: JOECKS, W. & MIEBACH, K.s (Org.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 2/2 §§ 80-184 StGB. München, 2005. §129a, linhas n° 22-34; Ver também: FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB: Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*. Frankfurt am Main, 1989, p. 70-73.

65 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em Matéria Criminal n° 38, 26, 30, fazendo referência à Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em Matéria Criminal BGHSt n° 28, linha 147.

66 Ver, amplamente, Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em Matéria Criminal BGHSt n° 31, 202, 204 e ss.

67 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em Matéria Criminal BGHSt n° 29, 288, 294, n° 31, 239 e n° 36, 192, 198.

68 Cf. A referência à jurisprudência feita por KRAUß, Matthias. §§ 125-137. In: LAUFHÜTTE, W.; SAN, R. RV. & TIEDEMANN, K. (Org.). *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Fünfter Band §§ 125-137*. 12. ed. Berlin, 2009. § 129 linhas 27 e ss.

69 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça n° 1992, 1518; também Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça n° 2009, 3448, 3460.

70 SIEBER, U.; BÖGEL, M. *Logistik der Organisierten Kriminalität. Wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsansatz und Pilotstudie zur internationalen Kfz – Verschiebung, zur Ausbeutung von Prostitution, zum Menschenhandel und zum illegalen Glücksspiel*. Wiesbaden, 1993, p. 358.

71 KRAUß, Matthias. *op. cit.*, § 129 linha 35, com referências ulteriores.

72 Equivocadamente, ver: BÖGEL, M. *op. cit.*, p. 58, o qual atribui à Primeira Lei de Reforma a abolição deste dispositivo.

73 Não se aplicam ao conceito de lei penal em sentido estrito, nos termos do des Art. 9, § 2, as chamadas contravenções (*Ordnungswidrigkeiten*) e as medidas sancionatórias do Direito

Administrativo; sobre isto, ver: SCHOLZ, R. “Art. 9”. In: MAUNZ, T. & DÜRIG, G. (Org.). *Grundgesetz Kommentar*. Band II (Art. 6-16a). München, 1999. Art. 9, linha 125.

74 Assim, expressamente, ver: SCHAFHEUTLE, J. “Das Strafrechtsänderungsgesetz”. In: *JZ*, 1951, p. 619, o qual fala de uma “equivocada necessidade de manter o tipo penal antigo junto ao tipo penal novo”. Sobre isto, ver: VON WEBER, H. *op. cit.*, p. 641.

75 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça BGH NJW 2005, 1668, 1670.

76 Sobre este ponto, amplamente, ver: FELSKÉ, K. *op. cit.*, p. 276 e ss.

77 GRÄßLE-MÜNSCHER, J. *op. cit.*, p. 65.

78 FÜRST, M. *op. cit.*, p. 37; sobre a efetividade deste regramento, ver: VON WEBER, H. *op. cit.*, p. 641, fazendo referência ao número de julgamento nas estatísticas criminais.

79 HARTMANN, A. & VON LAMPE, K. *op. cit.*, p. 133, com referências ulteriores.

80 FÜRST, M. *op. cit.*, p. 40.

81 Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão BVerfGE n° 17, 155, a qual identificara nesta prática uma violação aos privilégios partidários previstos no Art. 21 § 2, inciso 2, da Lei Fundamental.

82 *Idem*, 165.

83 Neste mesmo sentido, ver; KINZIG, J. *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*. Berlin, 2004, p. 165.

84 Pouco antes fora declarado revogado o § 90a do Código Penal, em sua redação dada pela Primeira Lei de Reforma. Sobre isto, ver a Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão BVerfGE n° 12, 296.

85 Para detalhes sobre os motivos desta realocação, ver: FELSKÉ, K. *op. cit.*, p. 329 e ss.

86 Esta reserva, prevista no § 12, inciso 2, alínea 1 do Código Penal, não era aplicável às organizações internacionais, posto que estes casos não se adequavam ao disposto no Art. 21, § 2 da Lei Fundamental. Sobre isto, ver: ALTVATER, G. “Das 34: Strafrechtsänderungsgesetz: §129 b StGB”. In: *NStZ*, 2003, p. 180.

87 LENCKNER, T.; STERNBERG-LIEBEN, D. *op. cit.*, § 129, linha 10, com referências ulteriores.

88 Para uma análise deste termo, ver: SIEBER, U. “Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld terroristischer Gewalt – Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im ‘Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten’”. In: *NStZ*, 2009, p. 357 e ss. Ciritcando este conceito, ver GRÄBLE-MÜNSCHER, J. *op. cit.*, p. 43-44.

89 LENCKNER, T. & STERNBERG-LIEBEN, D. *op. cit.*, § 129, linha 11. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, BGHSt n° 41, 47, 50, isto vale pelas mesmas razões também para os delitos de organização criminosa previstos no § 20, inciso 1 da Lei para Regulação do Direito Público de Associação.

90 Oitava Lei de Reforma do Direito Penal, de 25 de junho de 1968, BGBl. I, 741.

91 Sobre isto, ver: FELSKE, K. *op. cit.*, p. 341 e ss.

92 Exemplarmente, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em Matéria Criminal BGHSt n° 18, 296 e n° 19, 184.

93 O qual condensara sob o título “Alta traição e perigos ao Estado Democrático de Direito” os antigos títulos “Alta Traição” e “Perigos ao Estado”.

94 Assim notara o então Ministro da Justiça Thomas Dehler, ao se manifestar sobre a reformulação do § 129 promovida pela Primeira Lei de Reforma (cf.: FÜRST, M. *op. cit.*, p. 27).

95 17ª Emenda Constitucional, de 24 de junho de 1968, BGBl. I, 709.

96 Sobre o tema, ver: HOFFMANN, H. “Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949”. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*: Band I, Grundlagen von Staat und Verfassung. 2. ed. Heidelberg, 1995, p. 292 e ss.

97 Lei de restrição ao sigilo de correspondências, postagens e de comunicações (Lei de Regulamentação do Artigo 10 da Constituição, de 13 de agosto de 1968, BGBl. I, 949. Para uma crítica desta lei, desde o ponto de vista do Direito Constitucional, ver HOFFMANN, H. *op. cit.*, p. 301, nota de rodapé n° 56.

98 Sobre o contexto e o desenvolvimento posterior dos §§ 100a e 100b do Código de Processo Penal, ver: ALBRECHT, HJ.; DORSCH, C. & KRÜPE, C. *Rechtswirklichkeit und*

Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b, StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen: Eine rechtstatsächliche Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz. Freiburg, 2003.p. 7 e ss. Mais recentemente, KLEIH, BC. *Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation.* Baden-Baden 2010, p. 145 e ss.

99 SIEBER, U. & BÖGEL, M. *op. cit.*, p. 359. Também: KINZIG, J. *op. cit.*, p. 167, fazendo menção à – suposta – esparsa jurisprudência dos Tribunais Superiores tratando do assunto.

100 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em Matéria Criminal BGHSt n° 27, 325 (em que se decidira contra um grupo anarquista), bem como as de BGHSt n° 28, 26 e n° 56, 22 (em que se decidira contra a facção Exército Vermelho) e BVerfGE 56, 22.

101 KINZIG, J. *op. cit.*, p. 168.

102 Neste sentido, ver notas de rodapé n° 73, 714, 725 e 76.

103 Assim, ver Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça BGHSt n° 2009, 3448 e 3451.

104 Cf: KINZIG, J. *op. cit.*, p. 169 e ss.

105 KINZIG, J. *op. cit.*, p. 170.

106 ALBRECHT, HJ.; DORSCH, C. & KRÜPE, C, p. 465.

107 Cf. o Art. 1° das Medidas Comuns do Conselho n° 98/733/JI2, de 1° de dezembro de 1998, o qual determina a criminalização dos atos de participação em uma organização criminosa aos Estados Membro da União Europeia (MCC N° L 351, 1). Ademais, ver o Art. 2° do Quadro de Decisões do Conselho n° 2002/475/JI, de 13 de junho de 2002, voltado ao combate ao terrorismo (MCC N° L 164, 3), e modificado pelo Quadro de Decisões n° 2008/919/JI, de 28 de novembro de 2008 (MCC, N° L 330, 21); Ver ainda: o Art. 1° do Quadro de Decisões n° 2008/841/JI, de 24 de outubro de 2008, voltado ao combate da chamada criminalidade organizada (MCC N° L 300, 42).

108 Lei de Modificação do Quadro de Decisões sobre o combate ao terrorismo e sobre a modificação de outras decisões, de 13 de junho de 2002.

109 Cf.: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça n° 2009, 3448, 3460.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : ALBRECHT, HJ.; DORSCH, C. & KRÜPE, C. *Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b, StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*: Eine rechtstatsächliche Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz. Freiburg, 2003.
- : ALTVATER, G. “Das 34: Strafrechtsänderungsgesetz: §129 b StGB”. In: *NStZ*, 2003.
- : BÖGEL, M. *Strukturen und Systemanalyse der Organisierten Kriminalität in Deutschland*. Berlin, 1994.
- : BORETIUS, E. A.(Org.). “Capitularia Regum Francorum, 1º. Volume”. In: GESELLSCHAFT FÜR ÄLTERE DEUTSCHE GESCHICHTSKUNDE ZUR BEFÖRDERUNG EINER GESAMTAUSGABE DER QUELLENSCHRIFTEN DEUTSCHER GESCHICHTEN DES MITTELALTERS (Org.). *Monumentae Germaniae Historica, Legum Sectio II*. Hannover, 1883.
- : CARSTENS, W. *Unerlaubte Verbindungen im deutschen Strafrechte des 19. Jahrhunderts*: Göttingen, 1909.
- : ENGAU, J. R. *Iuris Criminalis Germanico-Carolini, Ex Genuinis Fontibus Deducta Variis Observationibus Et Formulis Illustrata Atque Commoda Auditorum Methodo Adornata*. Jena, 1738.
- : FELSKÉ, K. *Kriminelle und terroristische Vereinigungen – §§ 129, 129a StGB: Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert*. Baden-Baden, 2002.
- : FREI, N. “Machtergreifung: Anmerkungen zu einem historischen Begriff”. In: *VfZ*, 1983.
- : FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB: Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*. Frankfurt am Main, 1989.
- : GRÄßLE-MÜNSCHER, J. “Der Tatbestand der kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) aus historischer und systematischer Sicht”. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Doutorado pela Faculdade de Direito da Ludwig-Maximilians-Universität zu München. München, 1982.

- : GROSS, J. C. *Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen 1838 und den Entwürfen von 1824 und 1836 mit Anmerkungen von Johann Carl Gross*. Dresden, 1838.
- : HARDTWIG, W. *Genossenschaft, Sekte, Verein in Deutschland, Band I: Vom Spätmittelalter bis zur Französischen Revolution*. München, 1997.
- : HARTMANN, A. & VON LAMPE, K. “The German underworld and the Ringvereine from the 1890s through the 1950s”. In: *Global Crime*, n° 9, 2008.
- : HATTENHAUER, H. & BERNERT, G. *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794: Mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert*. Frankfurt am Main. Berlin, 1970.
- : HOFFMANN, H. “Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949”. In: ISENSEE, J. & KIRCHHOF, P. (Org.). *Handbuch des Staatsrechts: Band I, Grundlagen von Staat und Verfassung*. 2. ed. Heidelberg, 1995, p. 259-319.
- : HOLENSTEIN, A. *Die Huldigung der Untertanen: Rechtskultur und Herrschaftsordnung (800-1800)*. Stuttgart-New York, 1991.
- : JESCHECK, HH. & WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin, 1996.
- : KAYSER, P. *Abhandlungen aus dem Process und Strafrecht*. Berlin, 1873.
- : KINZIG, J. *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*. Berlin, 2004.
- : KLEIH, BC. *Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation*. Baden-Baden, 2010.
- : KRAUß, M. “§§ 125-137”. In: LAUFHÜTTE, W.; SAN, R. RV. & TIEDEMANN, K. (Org.). *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Fünfter Band §§ 125-137*. 12. ed. Berlin, 2009.
- : KRESS, C. “Das Strafrecht der Europäischen Union vor der Herausforderung durch organisierte Kriminalität und Terrorismus”. In: *JA*, 2005.
- : KROESCHELL, K. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Volume 1: Até 1250. 11. ed. Opladen-Wiesbaden, 1999.

- : LENCKNER, T. & STERNBERG-LIEBEN, D. “§§ 123-131”. In: SCHÖNKE/ SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 27. ed. München, 2006.
- : LONG, G. “Collegium”. In: SMITH, W. (Org.). *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. 2. ed. Boston, 1859.
- : MANN, C. *Die Demagogen und das Volk: Zur politischen Kommunikation im Athen des 5. Jahrhunderts*: Berlin, 2007.
- : MIEBACH, K. & SCHÄFER, J. “§§ 129 – 129b”. In: JOECKS, W. & MIEBACH, K. (Org.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 2/2 §§ 80-184 StGB. München, 2005.
- : MOMMSEN, T. *Römisches Strafrecht*. Leipzig, 1899.
- : SCHAFHEUTLE, J. “Das Strafrechtsänderungsgesetz”. In: *JZ*, 1951, p. 609-620.
- : SCHOLZ, R. “Art. 9”. In: MAUNZ, T. & DÜRIG, G. (Org.), *Grundgesetz Kommentar*. Band II (Art. 6-16a). 35. München, 1999.
- : SCHÖNKE, A. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 6. ed. München, 1952.
- : SIEBER, U. “Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld terroristischer Gewalt – Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im ‘Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten’” In: *NStZ*, 2009, p. 353-364.
- : SIEBER, U. & BÖGEL, M. *Logistik der Organisierten Kriminalität. Wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsansatz und Pilotstudie zur internationalen Kfz – Verschiebung, zur Ausbeutung von Prostitution, zum Menschenhandel und zum illegalen Glücksspiel*. Wiesbaden, 1993.
- : VON LISTZ, F. & SCHMIDT, E. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 24. ed. Berlin, 1922.
- : VON WEBER, H. *Das Strafrechtsänderungsgesetz*. MDR, 1951.
- : WAITZ, G. *Deutsche Verfassungsgeschichte*. Band 3: Die Verfassung des Fränkischen Reichs. 2. ed. Berlin, 1883.

- : WEINKAUFF, H. “Die geheimen und staatsfeindlichen Verbindungen im Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches 1927”. In: *JR*, 1928. N° 14/15, p. 165-173.
- : WEIß, C. E. *Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, mit erläuternden Bemerkungen zum praktischen Gebrauche und einer Vergleichung des Entwurfs*: Zweiter Band, das erste bis mit elfte Kapitel des zweiten Theils enthaltend. Dresden, 1842.
- : ZIRKLER, J. H. *Die gemeinrechtliche Lehre vom Majestätsverbrechen und Hochverrath*: mit beständiger Rücksicht auf die Verschiedenheiten der Doctrin, Praxis, neuer und alter Gesetzgebungen aus den Quellen entwickelt. Stuttgart, 1836.

SOBRE OS AUTORES

Álvaro Pires

Professor titular no Departamento de Criminologia e detentor da Cátedra Canadense de pesquisa em tradições jurídicas e racionalidade penal (Universidade de Ottawa).

Angélica Romero

Doutoranda em Direito Penal na Universidad de Salamanca e pesquisadora visitante no Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional.

Bernd Heinrich

Professor titular de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Autoral da Humboldt - Universität em Berlim, Alemanha.

Bernd Schünemann

Professor titular de Direito Penal, Direito Processual Penal, Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica na Ludwig-Maximilians Universität em Munique, Alemanha.

Davi Paiva Tangerino

Professor adjunto de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e advogado.

Flavia Portella Püschel

Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) e pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP).

Hans-Jörg Albrecht

Diretor do Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, em Friburgo, em Brisgóvia, Alemanha, professor da Albert-Ludwigs-Universität, em Friburgo, em Brisgóvia, Alemanha, e professor visitante do Instituto

de Direito Penal da Universidade Chinesa de Política e Direito, em Pequim, e das faculdades de Direito da Universidade de Hainan, da Universidade de Renmin, da Universidade de Wuhan, da Beijing Normal University e da Universidade Dalian Ocean, todas estas na China.

Jan-Michael Simon

Chefe da Seção da América Latina do Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, em Friburgo, em Brisgóvia, Alemanha, e coordenador do Doutorado da International Max Planck Research School on Comparative Criminal Law do Instituto Max Planck e da Albert-Ludwigs-Universität, também localizado nessa cidade alemã.

Klaus Günther

Professor catedrático de Teoria do Direito, Direito penal e Direito Processual Penal na Goethe-Universität, em Frankfurt am Main, Alemanha. Co-diretor do Cluster of Excellence “The Formation of Normative Orders” da Goethe-Universität, em Frankfurt am Main, Alemanha.

Leonardo Sica

Diretor da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) e advogado.

Luis Fernando Schuartz (*in memoriam*)

Professor e vice-diretor acadêmico da FGV Direito Rio. Faleceu em 2009.

Luís Greco

Pesquisador (Wissenschaftlicher Mitarbeiter) junto à cátedra do Prof. Bernd Schünemann.

Luiz Guilherme Mendes de Paiva

Doutorando em Direito Penal na Universidade de São Paulo. Conselheiro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), vinculado ao Ministério da Justiça, e Diretor de Planejamento e Avaliação de Políticas sobre Drogas da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça.

Maíra Rocha Machado

Professora associada na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).

Margarida Garcia

Professora adjunta na Faculdade de Direito e na Faculdade de Ciências Sociais na Universidade de Ottawa. É membro da Cátedra de pesquisa da Universidade de Ottawa no Canadá em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal.

Marta Rodriguez de Assis Machado

Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) e pesquisadora sênior do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do Núcleo Direito e Democracia – da mesma instituição.

Pablo Galain

Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Católica do Uruguai e pesquisador da Seção da América Latina do Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, em Friburgo, em Brisgóvia, Alemanha.

Pierpaolo Cruz Bottini

Professor doutor do Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, diretor da Comissão de Direito Penal Econômico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e advogado.

Urs Kindhäuser

Professor titular de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade de Bonn, Alemanha, e professor visitante na Universidade de Renmin, Pequim, China.

ISBN: 978 8564678231



9 788564 678231

LIVRE *para*

LER PARTILHAR COPIAR PENSAR