

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 5, n. 2, jul./dez. 2010. ISSN 1809-7278 (Impressa)
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

Lutas Cosmopolíticas: Marx e América indígena (Yanomami)
Jean Tible

Considerações Acerca do Processo Penal do Inimigo
César Faria

O Princípio da Igualdade
Erik Frederico Gramstrup

Derecho Penal Internacional y Terrorismo: ¿crimen de Derecho Internacional?
Juan-Ramón Martínez-Vargas, Andrea Mateus-Rugeles

Respeito à Igualdade pela Diferença: o contexto das políticas públicas e
a questão quilombola no Maranhão
Maria Aparecida de Moraes Silva, Marivania Leonor Souza Furtado

O Autofágico Direito Penal do Inimigo: por uma resistência garantista
Matheus Almeida Caetano

A Ineficácia da Punibilidade no Crime do Artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98)
Michelle Lucas Cardoso Balbino

Apontamentos Sobre a Liberdade de Expressão na Constituição Federal e na Sociedade Brasileira
Rafael José Nadim de Lazari

O Direito das Minorias na Constituição Brasileira: o papel das mulheres indígenas na preservação
ambiental e sustentável de suas comunidades
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Thais Luzia Colaço

El Derecho Penal frente al Terrorismo: facia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de
la tortura
Raúl Carnevali



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 5, número 2, jul./dez. 2010

ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

REVISTA BRASILEIRA
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 5, n. 2 – Semestral – Montes Claros, MG – jul./dez. 2010



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação semestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)

Diretor: Prof. Ms. Antônio Eugênio Silva

Coordenadora do Curso de Direito: Prof.^a Kelle Grace Mendes Caldeira e Castro

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

(Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Elton Dias Xavier

Conselho Editorial:

Elton Dias Xavier

Famblo Santos Costa

Richardson Xavier Brant

Solange Procópio Xavier

Waldir de Pinho Veloso

Anelito de Oliveira

Conselho Consultivo:

Adilson José Moreira (Harvard Law School – USA)

Horácio Wanderley Rodrigues (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)

Margarida de Oliveira Cantarelli (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)

Menelick de Carvalho Netto (Universidade de Brasília – UNB)

Régis Fernandes de Oliveira (Universidade de São Paulo – USP)

Sérgio Rezende de Barros (Universidade de São Paulo – USP)

Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/Editoração gráfica/capa: Maria Rodrigues Mendes

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <eltondx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação semestral/Published 2 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo
Agostinho. - Vol. 5, n. 2 (2010) – . – Montes Claros (MG) : Editora
Fundação Santo Agostinho, 2010 –
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

ISSN 1809-7278 (Impressa). ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades
Santo Agostinho. II. Título.

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
------------------------	---

ABERTURA

Lutas Cosmopolíticas: Marx e América indígena (Yanomami) <i>Jean Tible</i>	15
---	----

ARTIGOS

Considerações Acerca do Processo Penal do Inimigo <i>César Faria</i>	35
---	----

O Princípio da Igualdade <i>Erik Frederico Gramstrup</i>	69
---	----

Derecho Penal Internacional y Terrorismo: ¿crimen de Derecho Internacional? <i>Juan-Ramón Martínez-Vargas, Andrea Mateus-Rugeles</i>	87
---	----

Respeito à Igualdade pela Diferença: o contexto das políticas públicas e a questão quilombola no Maranhão <i>Maria Aparecida de Moraes Silva, Marivania Leonor Souza Furtado</i>	119
---	-----

O Autofágico Direito Penal do Inimigo: por uma resistência garantista <i>Matheus Almeida Caetano</i>	139
---	-----

A Ineficácia da Punibilidade no Crime do Artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98) <i>Michelle Lucas Cardoso Balbino</i>	165
--	-----

Apontamentos Sobre a Liberdade de Expressão na Constituição Federal e na Sociedade Brasileira <i>Rafael José Nadim de Lazari</i>	195
O Direito das Minorias na Constituição Brasileira: o papel das mulheres indígenas na preservação ambiental e sustentável de suas comunidades <i>Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Thaís Luzia Colaço</i>	213
El Derecho Penal frente al Terrorismo: facia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura <i>Raúl Carnevali</i>	227
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO	265

EDITORIAL

Fechar o ano de 2010 com a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** publicando mais de vinte artigos, enquanto os demais veículos de publicação científica costumam estampar quatorze artigos em único volume anual ou a soma das publicações de dois volumes, é um grande feito. Mas, a comemoração não é, absolutamente, quanto à quantidade: é a qualidade. E a qualidade também tem seu desdobramento: não é uma Revista regional ou microrregional. O que as presentes publicações demonstram é que, de fato, trata-se de uma publicação com ares internacionais.

Quando se trata de publicações nacionais, há um caráter exógeno, pois os autores estão localizados em vários Estados brasileiros. De Minas Gerais, somente uma autora. Quanto aos demais Estados, uma diversidade que mostra Bahia, Maranhão, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo, pelo menos. A parte internacional tem liames com a Colômbia, o Chile e a Itália. Estes dois últimos, ao mesmo tempo.

O texto da seção Abertura, deste volume 5, número 2, da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, ficou por conta de Jean Tible. Estudioso como ninguém das obras de Karl Marx, Jean Tible escreve o texto denominado “Lutas Cosmopolíticas: Marx e América indígena (Yanomami)”, em que há um diálogo entre as obras de Karl Marx com o Brasil e seus índios yanomami. O texto é resultado de quase quarenta livros, feitura de diversas entrevistas e comunicação pessoal com pessoas altamente influentes. A junção de todo este conhecimento está neste texto de abertura, digno de tal destaque porque mais do que enfeitar a Revista, traz destaque para o próprio veículo, a par do produto veiculado.

Como é a regra da Revista, a seção **Artigos** contempla as publicações pela ordem alfabética quanto aos seus autores. Quando mais de um, pelo nome do primeiro dos coautores.

Um assunto de real importância, e praticamente pouco valorizado pela doutrina, é o Direito Penal do Inimigo. No mundo cada vez mais globalizado e sujeito ao trânsito internacional de pessoas com maior facilidade, tal novidade no mundo jurídico justifica alto grau de atenção. Mas, muito mais profundo é o que é mostrado pelo Professor Doutor César Faria, que, sob o título “Considerações Acerca do Processo Penal do Inimigo” cuida muito mais do que o Direito Penal do Inimigo, pois cuida do próprio processo penal que

faz com que o Direito Penal do Inimigo possa ser colocado em prática. É um dos primeiríssimos artigos que trata da adjetivação do Direito Penal do Inimigo. E, para falar do tema, o autor começa pela parte filosófica, busca justificativas em doutrinas internacionais e, por fim, oferta conceitos sociológicos, estuda as questões penais, conceitua Direito e não-Direito e conclui sobre o Processo Penal do Inimigo de forma única no campo científico.

Erik Frederico Gramstrup é Juiz da Justiça Federal e Professor portador de título acadêmico *stricto sensu*. Como escritor de textos jurídicos, disponibiliza para a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** o texto “O Princípio da Igualdade”, no qual faz desfilar conceitos e estudos especiais sobre as obras de filósofos de diversas eras (de Aristóteles, passando por Rousseau, Hobbes, Kelsen e outros, até Perelman) e chega às Teorias da Justiça, com destaque para a obra de John Rawls. Na trama ou na arte de unir tão diversas pessoas e épocas, o autor demonstra como o princípio da igualdade merece ser expoente em um tempo em que o mundo todo se torna tão pequeno e transponível que faz vizinhos todos os povos, de todos os lugares. E, se cada povo e cada país são uma individualidade, em um tempo cada vez mais individualista, por lado oposto também se vive um tempo em que se deve buscar, cada vez mais, a igualdade.

Da Colômbia, integrando a América por meio de uma publicação científica, vêm os autores Juan-Ramón Martínez-Vargas (Doutor) e Andrea Mateus-Rugeles (Mestre), que se propuseram a deixar, impregnado no texto de cunho científico, um pouco da grande qualidade que têm de conhecimento sobre o tema referente ao Direito Penal Internacional. Acrescentaram a tal segmento do conhecimento jurídico a questão do terrorismo, analisando os grupos terroristas, as duas Guerras Mundiais e todo o complexo mundo em que pessoas se sentem no direito de matar em massa em nome do que, individualmente, pensam. O texto ainda se ocupa de questões terroristas sob o prisma do genocídio e outras observações jamais tidas como integrantes do terrorismo como se costuma entender nos tempos modernos. Sem dúvidas, uma contribuição enorme para o estudo temático, pioneiro entre diversos pesquisadores, e que influenciará os próximos tempos. O título é “Derecho Penal Internacional y Terrorismo: ¿crimen de Derecho Internacional?”, e acrescenta muito em qualidade nesta publicação.

Ainda dentro do tema da igualdade, há o artigo denominado “Respeito à Igualdade pela Diferença: o contexto das políticas públicas e a questão quilombola no Maranhão”, de

autoria da Professora Doutora Maria Aparecida de Moraes Silva e da Professora Mestre Marivânia Leonor Souza Furtado. As autoras fazem um estudo jurídico-sociológico da área do segmento territorialidade, demonstrando a questão dos remanescentes quilombolas em uma região maranhense. São dados resultantes de uma pesquisa de campo, que acabam por demonstrar como o Estado interfere ou deixa de interferir na vida das comunidades dos afrodescendentes. E como essas comunidades conseguem se manter com a chama acesa em pleno século XXI, ainda que com casamentos endógenos (por que outros povos não querem adentrar à comunidade ou a comunidade não é receptiva para com outros povos?).

Do Sul do Brasil vem o artigo escrito pelo Mestrando em Direito Matheus Almeida Caetano. E o tema tratado vem explícito no título: “O Autofágico Direito Penal do Inimigo: por uma resistência garantista”. O Professor dedica muito da sua pesquisa científica nesta exposição que volta às primeiras falas sobre o tema, ainda em 1985, por meio de Günther Jackobs. O autor demonstra que o ano de 1985 (para alguns efeitos, como moda, estilos ou informática e tecnologia, longínquo demais; mas, para o Direito Penal do Inimigo, há pouco tempo) foi o ponto de partida para que todo o mundo se voltasse ao estudo de um ponto do Direito até então inexistente e, ainda houve, pouquíssimo explorado. Mas, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** vem dando espaço para os expositores de tal teoria, por entender (como já dito quanto ao outro texto envolvendo o mesmo assunto, mas no aspecto processual) que a globalização, apesar de suas enormes vantagens, põe todos sob a exposição de terroristas internacionais. Os governantes precisam ficar alertas. E autores da área do Direito, como o Prof. Matheus Almeida Caetano, colaboram com seus estudos.

Outra necessidade de estudos permanentes, que a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** faz questão de apoiar, é quanto ao meio ambiente. A Professora Mestre Michelle Lucas Cardoso Balbino escreveu o texto denominado “A Ineficácia da Punibilidade no Crime do Artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98)”. O momento é mais do que oportuno. Embora a lei seja do ano de 1998, não se podia dizer que a tipificação criminal estava ineficaz sem que houvesse oportunidade de os primeiros processos chegarem ao fim, ou a Justiça ter tido tempo para que os processos envolvendo os crimes ambientais chegassem ao fim (ainda que não concluídos, já deveriam ter sido concluídos). Agora, a constatação é uma realidade: pouco mais de dez anos após o início da vigência da Lei, a autora demonstra que a proposta de punição para o crime previsto no

art. 46 da Lei 9.605 (comércio, recebimento, depósito e transporte de madeiras e seus derivados, sem a necessária licença outorgada pela autoridade) não está resultando na pretensão que a sociedade requer e no fim social pelo qual a Lei foi editada.

A poucos passos de obter o grau de Mestre em Direito, o Professor Rafael José Nadim de Lazari traça seus estudos acerca da Constituição Federal. O artigo denominado “Apostamentos sobre a Liberdade de Expressão na Constituição Federal e na Sociedade Brasileira” é um raro momento de uma análise com a profundidade que o setor requer. Embora a liberdade de expressão já tenha recebido outras letras, o foco desta vez é o determinado pela Constituição Federal de 1988 com a correspondente participação da sociedade. Como resultado da pesquisa de cunho científico, o autor propõe condições para um entendimento quanto à liberdade de expressão em termos de Brasil. Para chegar neste ponto, a pesquisa mostra posições de outros escritores e situações que os brasileiros enfrentam ou em situação com invocação falsa da liberdade de expressão ou pela falta de consciência de que este direito fundamental, garantido pela Carta da República de 1988, está à disposição de todos.

Um veículo de feições científicas que versa sobre Direito não estaria completo se não apoiasse e divulgasse autores que escrevem sobre Direito das Minorias. Esta linha de estudos é credora de espaços cada vez maior, e a necessidade de amplo debate deve estar enraizado no Direito nos próximos tempos (novamente, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** se põe a anunciar como precursora de estilo futuro de estudos aprofundados). Para desmistificar o tema, as autoras Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Thaís Luzia Colaço, ambas Doutora em Direito, escrevem o texto “O Direito das Minorias na Constituição Brasileira: o papel das mulheres indígenas na preservação ambiental e sustentável de suas comunidades”. De uma só vez, há três tópicos de extrema importância: a situação indígena, a questão ambiental e o estudo sobre as mulheres. O desenvolvimento do tema garante uma leitura compensadora, com a demonstração de conhecimentos, por parte das autoras, dos campos do saber pesquisados. O desenvolvimento social, as comunidades indígenas, o meio ambiente e, unindo tudo e a todos, a mulher, com participação de elevado interesse.

Do Chile, vem o artigo cujo nome “El Derecho Penal Frente al Terrorismo: facia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura”, de autoria do Professor Doutor Raúl Carnevali, já indica de que se trata. Não há dúvidas de que o tema do

terrorismo internacional merece um estudo pormenorizado. Atenta a essa necessidade, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** abre espaço para uma das grandes autoridades mundiais sobre o tema. Versado no assunto, autor de livros e textos científicos, Raúl Carnevali se encarrega de fazer uma comparação entre o Direito Penal, em sua face tradicional de garantir a segurança, com as novas necessidades de proteção de toda a sociedade contra os ataques terroristas de organizações criminosas internacionais, cuja intenção é matar inocentes e em grande quantidade, como forma de demonstrar poder, de mostrar grandiosidade, de impor medo. Em outras palavras, impor o terror em todo o povo de todo o mundo. Com este artigo, que encerra a Revista, não há dúvidas de que o objetivo foi alcançado.

E, com a certeza do objetivo cheio, pleno, este ano se encerra com muito sucesso para a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. A vontade é de que todo este volume 5, número 2, seja lido, estudado, divulgado. E que, nos próximos anos, continue este veículo crescendo e se mostrando necessário a todos os estudantes do Direito.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

Lutas Cosmopolíticas: Marx e América indígena (Yanomami)¹

JEAN TIBLE*

* Jean François Germain Tible é Doutorando em Sociologia no IFCH/Unicamp; Mestre em Relações Internacionais (IRI/PUC-Rio); Graduado em Sociologia; Membro do grupo de pesquisa “Movimentos Sociais na Arena Transnacional” (NUPRI/USP) e autor do Livro “Marx Selvagem” (no prelo).

¹ Uma versão inicial deste texto foi apresentada no *Colóquio Cultura, Trabalho e Vida na Crise do Capitalismo Global* (mesa *Formas de vida, formas de luta*) na Casa Rui Barbosa, em maio de 2009. Agradeço os comentários de Giuseppe Cocco, Michael Löwy e Marcelo Ridenti.

1 MUNDOS, LUTAS, CIÊNCIAS: DIÁLOGO

Propõe-se, aqui, esboçar um diálogo entre Karl Marx e América Indígena a partir das lutas yanomami; um encontro entre dois mundos distintos.

O marxismo sempre pretendeu alcançar uma universalidade, ancorada pelo desenvolvimento e expansão do capitalismo. Entretanto, se pensarmos Marx a partir das lutas (o que será explicitado ao longo do texto), o universal passa a não ser mais dado, mas sim a construir – coletivamente, pela conexão das múltiplas lutas. Para utilizar a potência de Marx, deve-se conectá-lo com uma série de lutas concretas – no âmbito deste texto, dos yanomami. Um Marx, pensador revolucionário, afetado por estas lutas-criações ameríndias², que são também resistências contra o Estado e o capitalismo. Marx em diálogo com o fundo cultural comum pan-americano, sua unidade histórico-cultural – como o mostrou Claude Lévi-Strauss em suas *Mitológicas* (PERRONE-MOISÉS, 2006).

Isto se liga à questão do modo de conhecimento, de como fazemos ciência. Isabelle Stengers (2002), em *A Invenção das ciências modernas*, busca romper com as divisões entre ciência e política, entre natureza e cultura, entre nós e eles. As idéias e práticas de simetria constituem, assim, uma importante contribuição para pensar a ciência – as ciências

² Este constitui o propósito de José Carlos Mariátegui, o mais inventivo dos marxistas latino-americanos (LÖWY, 2005).

sociais nesse texto – em sua relação com os nativos (aqui, os yanomami) e seus saberes, tentando quebrar o grande divisor³.

Tal proposta de encontro, de levar a sério as lutas-criações yanomami (e seu diálogo com Marx), leva a pensar as lutas não somente em termos políticos, mas cosmopolíticos (STENGERS, 2003). Tendo em vista uma integração dos agentes humanos e não-humanos, não se pode dissociar a política da natureza. Deste modo, “qualquer ‘política dos homens’, aqui ou alhures, deveria ser compreendida numa ‘política cósmica’ ou ‘cosmopolítica’ [...], [e na] relação, ou mesmo interpenetração, entre regimes cosmológicos e regimes sociopolíticos.” (SZTUTMAN, 2005, p. 24).

Do ponto de vista das ciências sociais, coloca-se a necessidade de pensar além da Antropologia e Sociologia modernas e sua relação entre sujeito e objeto e das pós-modernas e sua relação entre sujeito e objeto, tentando “uma relação em que todos são sujeitos e objetos simultaneamente.” (GOLDMAN; CASTRO, 2008, p. 207). Se todos são antropólogos e sociólogos, se existem Ciências Sociais simétricas, pode-se tomar as idéias nativas como conceitos, colocando “o mundo possível que seus conceitos projetam.” (CASTRO, 2002, p. 123) e pôr em relação problemas diferentes e multiplicar e experimentar estas relações – o que se busca produzir no encontro proposto entre Marx e as lutas yanomami.

2 LUTAS-CRIAÇÕES YANOMAMI

2.1 Yanomami, Estado, Capitalismo: Contatos

Os yanomami constituem um conjunto de coletivos com ocupação milenar na região do Orenoque e alto Puruma, na fronteira entre Brasil e Venezuela. Trata-se de um dos povos indígenas com maior população no Brasil (em 2006, eram cerca de dezesseis mil) e permaneceram isolados (do mundo dos brancos) até há pouco – fizeram contatos com os brancos a partir do século XIX, mas sobretudo indiretos pela troca e pilhagem de

³ Neste sentido, Stengers enfatiza a distinção permanentemente efetuada pelas ciências entre quem está fora e dentro, quem é admitido ou não no debate científico. Trata-se antes de tudo de uma questão política e a ser politizada. Ou seja, a autora não aceita a divisão entre ciência e política, pois a todo instante decide-se quem pode intervir no debate científico, excluindo-se, por exemplo, a feitiçaria ou as ditas crenças dos outros. Em detrimento da visão convencional de tratar das especificidades das ciências, Stengers busca eliminar estas, integrando-as ao mundo (e à política). Seu enfoque é o de revirar a divisão entre os conhecimentos científicos e o exercício do político, problematizando a dupla distinção ontológica entre os mundos natural e social.

ferramentas dos vizinhos. Ocorre um encontro crescente a partir dos anos 1950 e 1960, com a presença da missão evangélica Novas Tribos do Brasil (NTB) e do Serviço de Proteção aos Índios (SPI). Encontros entre mundos.

Nas décadas de 1960 e 1970, os yanomami passam a enfrentar outras formas de contato. Cientistas estadunidenses coletaram sangue destes com o argumento de o ser para sua saúde e para prevenção de epidemias, quando o eram para fins de pesquisa biológica. Ademais, descobre-se nos anos 1990 a existência de um estoque de doze mil amostras em laboratórios de universidades e um centro de pesquisa do governo estadunidenses. Estas haviam sido retrabalhadas para extrair e replicar o DNA yanomami. O que constituiu um choque para estes, pois isto foi feito sem consulta e estão estocadas num país distante, sendo que em suas cerimônias funerárias tudo que os mortos possuíam é destruído, inclusive suas plantações. Assim, estes permanecem objetos de pesquisa das quais ignoram tudo (ALBERT, 2003). Em suma, os yanomami estão em contato com um dos setores de ponta do capitalismo contemporâneo, onde por vezes os conhecimentos ditos tradicionais alcançam altas cotações nos mercados-futuro.

Ademais, outros tipos contatos são feitos com os yanomami. Nas décadas de 1970 e 1980, ocorre a abertura de uma estrada – depois abandonada – na região onde habitam. Isto mais o estouro do preço do ouro em Londres e a consequente avidez das empresas de mineração os dizimou. Os contatos iniciais com a NTB e o SPI já haviam causado mortes, mas essa corrida pelo ouro levou a “uma situação crônica de conflito interétnico criada na área Yanomami pela presença predatória das atividades garimpeiras.” (ALBERT, 1993), chegando a matar mais de mil yanomami por conta das epidemias, sem olvidar do massacre de Haximu, em 1993, quando dezesseis índios foram mortos.

Como se produzem as lutas-criações yanomami nestes contextos? E seu encontro com Marx? Estudam-se aqui duas criações políticas yanomami – sua luta contra a forma-Estado e o discurso cosmopolítico de Davi Kopenawa.

3 CONTRA A FORMA-ESTADO

“Contemporâneos do século 21, os yanomami fazem parte das sociedades que ignoram o Estado”, nos diz Catherine Alès (2006, p. 7), etnógrafa dos yanomami na Venezuela. Além de o ignorarem, pode-se dizer que os coletivos yanomami aproximam-se da famosa tese de Pierre Clastres (2003) das sociedades *contra* o Estado. Ligam-se mais ainda ao refinamento de seus últimos textos (CLASTRES, 2004) – são sociedades-para-a-

-guerra e contra o Estado; coletivos guerreiros com redes de alianças e inimizades cambiantes.

Clastres afirma que as sociedades indígenas rejeitam a visão convencional do político – regida pela relação comando-obediência – e sua clivagem selvagens/civilizados de acordo com a existência ou não de um Estado. O autor argumenta que a constituição política destas sociedades centra-se na recusa atestado Estado. Tal resolução sutil da questão política é trabalhada posteriormente na forma de que guerras permanentes e sua continuada criação e destruição de alianças entre os diversos coletivos são o que lhes permite manter-se contra a coerção estatal – coletivos fragmentados para a guerra e contra o Estado. A fragmentação é a finalidade da guerra e não o contrário, afirmando a dimensão política da atividade guerreira.

Tal elaboração política coloca interessantes conexões com as de Marx; tanto sua crítica filosófica a Hegel (2005), quanto suas análises da Comuna de Paris (2008a) ou do Programa de Gotha (2008b). Sua crítica da argumentação hegeliana do Estado como representação da resolução da relação entre universal e particular, leva-o a colocar o povo (e depois, os trabalhadores) como poder constituinte e a definir a verdadeira democracia no desaparecimento do Estado. Isto ganharia configuração concreta – “a forma enfim encontrada” nas suas palavras (MARX, 2008a, p. 160) – na Comuna de Paris. Pode-se dizer, com as posteriores e ininterruptas revoltas e organizações criadas após e a partir desta experiência “inaugural” dos conselhos, que existe em Marx e, sobretudo nas práticas concretas e criativas desses sujeitos sociais uma forma-conselho – práticas contra o Estado. Se estes foram historicamente operários, hoje assumem múltiplas formas, como, para citar um exemplo contemporâneo, as organizações de bairro (comunais) em El Alto, Bolívia (ZIBECHI, 2006).

Existe, ainda, um interessante elo com a proposta que fizeram os yanomami, no âmbito do I Congresso extraordinário da Organização Regional dos Povos Indígenas do Amazonas (ORPIA), no momento que ocorria um processo de municipalização na Venezuela. Estes tinham o desafio de apresentar uma proposta global – dos yanomami como um todo. De acordo com esta, cada setor, comunidade ou grupo de vizinhança nomearia seus próprios delegados. Todos os delegados se reuniriam num Conselho, com representação proporcional. Tal Conselho não teria um prefeito, nem coordenador permanente, mas sim coordenadores rotativos. Tampouco haveria uma capital administrativa permanente, sendo esta itinerante (ALÈS, 2007), exemplificando a tese clastriana da precariedade do poder do chefe, pois “o líder não constitui um chefe poderoso no sentido de que ele disporia de

uma força coercitiva, [...] trata-se mais de uma questão de autoridade social e política ligada ao interesse comum” (ALÈS, 2006, p. 167).

Tal proposta acabou não sendo adotada (o foi o modelo “ocidental” democrático), mas o importante – no âmbito dessa reflexão – é como, em outra conjuntura histórica, continua o ímpeto dos yanomami contra o Estado e a centralização. Ademais, existem interessantes paralelos de tais propostas com medidas da Comuna de Paris, celebradas por Marx, tais como a permanente revogabilidade dos mandatos e formas de democracia direta e representativa mescladas – a democracia conselheira, forma-conselho.

4 DISCURSO COSMOPOLÍTICO DE DAVI KOPENAWA

Outro exemplo das lutas-criações yanomami encontra-se no discurso cosmopolítico de Davi Kopenawa.

Davi nasceu em 1956. Seu grupo de origem foi dizimado por epidemias contraídas após contatos com a missão evangélica NTB. Davi aprende português com estes antes de rejeitá-los. Vira intérprete da FUNAI (Fundação Nacional do Índio, que sucedeu ao SPI) num posto em território yanomami. Um coletivo yanomami, liderado por Lourival – um “grande homem” (político e *xamã*) –, havia se aproximado, pois seu grupo estava bastante enfraquecido por diversas epidemias e tinha necessidade de remédios e mercadorias dos brancos. Mostrando habilidade política, Lourival consegue subordinar o posto da FUNAI ao seu coletivo yanomami ao negar autoridade aos sucessivos chefes do posto e ao casar Davi com sua filha – a relação sogro-genro constitui a base da autoridade política yanomami. Davi acaba sendo nomeado chefe do posto; de representante dos brancos no contato com os índios (FUNAI) passa a ser porta-voz indígena e é iniciado no xamanismo por Lourival (ALBERT, 2002).

Davi Kopenawa passa a articular categorias brancas e indígenas, pois conjuga experiência com os brancos e a firmeza intelectual do *xamã*. Seu discurso porta sobre os impactos no que toca à reprodução cultural yanomami; desafios a sobrevivência mesma destes. Mostra invenção e criatividade cosmopolíticas frente a isso, pois o poder predatório dos brancos é fortíssimo – fascinação das mercadorias.

Travando uma forte luta contra os efeitos dos projetos ditos de integração nacional dos governos militares (nas décadas de 1970 e 1980), Davi Kopenawa articula um discurso a partir dos seus impactos epidemiológico, ecológico e cosmopolítico. Tal narrativa conjuga

as categorias brancas (território, cultura, meio ambiente) a uma re-elaboração cosmológica dos fatos e efeitos do contato, facilitado por sua inserção em ambos os mundos.

Assim, a luta pela demarcação e homologação da terra yanomami – concretizadas em 1992 – articula-se ao discurso ecológico de proteção à floresta e a uma perspectiva metafísica, pois a floresta é habitada por espíritos. Ou seja, esta é viva e contém uma trama de coordenadas sociais e intercâmbios cosmológicos que garantem sua existência.

Davi Kopenawa, também, relaciona as epidemias ao capitalismo e mais especificamente às mineradoras e trabalha seus impactos nos yanomami, mas também no mundo dos brancos. Estas epidemias são chamadas de *xawara*, a fumaça do ouro, pois os garimpeiros ao extraírem o ouro da terra, o queimam. Assim, “esta *xawara wakëxi*, esta ‘epidemia-fumaça’, vai se alastrando na floresta, lá onde moram os yanomami, mas também na terra dos brancos, em todo lugar. É por isso que estamos morrendo.” (KOPENAWA, 1990).

Davi opõe um modo de pensar (e viver) yanomami ao dos brancos com seu pensamento (e vida) “plantado nas mercadorias” (KOPENAWA, 1998b).

De um lado, para os yanomami, “todos na floresta têm uma imagem *utupë*: quem anda no chão, quem anda nas árvores, quem tem asas, quem mora na água. São estas imagens que os *xamãs* chamam e fazem descer para virar espíritos *xapiripë*” (KOPENAWA, 1998a). Esse conhecimento constitui a base da memória transmitida pelas sucessivas gerações; “nós guardamos as palavras dos nossos antepassados dentro de nós há muito tempo e continuamos passando-as para os nossos filhos. É assim que, apesar de muito antigas, as palavras dos *xapiripë* sempre voltam a ser novas” (idem). De outro lado, segundo Davi Kopenawa, o povo das mercadorias. Os brancos, assim,

puseram-se a fabricar mercadorias e seu espírito começou a obscurecer-se por causa de todos esses bens sobre os quais fixaram seu pensamento. [...] Foi com esse pensamento que eles acabaram com sua floresta e sujaram seus rios. [...] Foi nesse momento que eles perderam realmente toda sabedoria. Primeiro estragaram sua própria terra antes de ir trabalhar nas dos outros para aumentar suas mercadorias sem parar (1998b).

Davi conjuga os modos de produzir e pensar, quando diz que “os brancos nunca pensam nessas coisas que os *xamãs* conhecem, é por isso que eles não têm medo. Seu pensamento está cheio de esquecimento. Eles continuam a fixá-los em descanso em suas mercadorias.” (idem).

Em suma, Davi afirma a existência de dois modos de conhecimento antagônicos, pois um se fundamenta na visão xamânica, que permite ver a imagem essencial *utupë*, o sopro *wixiae* o princípio de fertilidade *në rope* da floresta e o outro – dos brancos – se limita a um pensamento “plantado nas mercadorias.” (1998b). O objetivo de sua cosmopolítica é, dessa forma, o de denunciar o pensamento-prática, a ignorância dos “comedores da terra-floresta” (ALBERT, 2002), canibais brancos sedentos por riquezas e mercadorias. Existe assim um excesso de poder predatório por parte dos brancos e sua alteridade – num contexto de corrida pelo ouro. Ademais,

contrapondo-se a essa ordem de reciprocidade simbólica em que a morte e a destruição dos bens alicerça a troca, está a ordem do valor e da acumulação da economia privada [...]. Essa figura do ouro canibal seria, assim, uma forma de crítica xamânica do fascínio letal daquilo que Marx designou como o ‘deus das mercadorias’ (ALBERT, 2002, p. 254).

Trata-se, aqui, de mostrar algumas afinidades possíveis – que se intenta aprofundar na parte seguinte – entre uma leitura de Marx e o discurso cosmopolítico de Davi Kopenawa. A força deste discurso decorre de uma articulação entre coordenadas cosmológicas de acordo com o xamanismo yanomami e os quadros discursivos impostos pelo Estado e pelos brancos em geral. A isso é contraposto um discurso cosmopolítico – a partir da floresta, entidade viva e animada (*xapiripë*). Assim, Davi é um exemplo do xamanismo em ação, já que fala sobre os espíritos para os brancos e sobre os brancos a partir dos espíritos, abrindo um discurso de multiplicidades (CASTRO, 2006). Um ponto-chave para o diálogo proposto encontra-se em como relacionar essa crítica yanomami das formas-Estado e capital a uma forma de trabalhar com Marx. Para isso, é fundamental, antes de aprofundar o encontro entre estes mundos, explicitar os elos entre Marx e as lutas – a teoria-luta de Marx.

5 LUTAS YANOMAMI, MARX, AMÉRICA INDÍGENA

5.1 Marx e as Lutas

Se pensarmos na apreensão teórica como o aprender das lutas (no exemplo clássico de Marx e a Comuna de Paris), devemos estudar as práticas concretas dos que resistem a esse mundo (formas-Estado e capital) e criam – ao lutar – outros. Esta constitui uma compreensão, um significado de luta.

Marx é o pensador das lutas. O autor investiga as condições materiais que sustentam as relações sociais (2002). Enquanto Hegel parte da Idéia, do conceito, Marx intenta fazê-

-lo a partir dos sujeitos sociais. Se ele define os trabalhadores como poder constituinte, isso nunca representou um dogma, mais sim uma descoberta feita a partir da experiência com os movimentos políticos e sociais de sua época, buscando o “sentido imanente do movimento histórico.” (LÖWY, 2002, p. 91). Marx coloca, ademais, que a forma da abolição deveria encontrar-se na própria prática criativa destes, dando, desse modo, sentido prático às concepções de quebra do aparelho de Estado e ausência de autoridade suprema, como vimos acima no exemplo da Comuna de Paris e sua constituição do autogoverno (2008a).

Ademais, é importante reforçar que Marx manifestou forte interesse pela antropologia, o que está documentado em seus cadernos etnológicos com anotações dos trabalhos de quatro pesquisadores (KRADER, 1974)⁴. É intenso o impacto da leitura de *Ancient Society* de Lewis Henri Morgan. Friedrich Engels chega adizer em carta a Karl Kaustsky, que “Morgan tornou possível vermos as coisas de pontos de vista inteiramente novos” (ROSEMONT, 1989, p. 210). Pontos de vistas novos; pela primeira vez, Marx tem contato com relatos detalhados da existência concreta de uma sociedade livre. Marx transcreve fartas passagens de *Ancient Society*, sobretudo os trechos que tratam da organização política dos iroqueses. A Confederação Iroquesa constitui uma criação política contra o Estado, com seu conselho onde todos tinham voz, homens e mulheres. É um exemplo do ímpeto da ação política ameríndia contra a unificação e seus mecanismos. A confederação é, concomitantemente, centralizada e descentralizada, centrífuga e centrípeta; de um lado o conselho dos *sachem*, de outro, a preservação das autonomias nacionais via conselho dos anciãos (MORGAN, 1964).

Marx, certamente pensou nas implicações revolucionárias disso, em algo como as contribuições dos iroqueses para as lutas como um todo. Ademais, pode-se dizer que ocorre uma mudança em Marx que passa a valorizar mais experiências e formas de resistências, lutas-criações, que ocorrem fora dos países da Europa ocidental. Segundo Franklin Rosemont (1989, p. 207), “nos últimos anos de sua vida, e de uma forma bem mais forte que antes, ele prestou atenção nas pessoas de cor (*people of color*); nos colonizados, camponeses e ‘primitivos’.”. Marx manifesta, ainda, uma hostilidade crescente ao colonialismo e uma outra apreciação das forças potencialmente revolucionárias desses sujeitos “outros”.

⁴ Existe, ainda, um elo entre outros clássicos da antropologia e Marx. De um lado, Claude Lévi-Strauss e suas origens marxistas (LÉVI-STRAUSS; ERIBON, 2005); de outro lado, Marcel Mauss e seu *Ensaio sobre o Dom* que pretendia ser uma contribuição à teoria socialista (GRAEBER; LANNA, 2005).

Um exemplo disso situa-se em sua resposta a Vera Zasulich (SHANIN, 1984). Questionado sobre a possibilidade da comuna rural russa ser a base de uma nova organização social (isto é comunista), sem passar pela etapa capitalista, Marx – após intensificar seu estudo acerca do mundo rural russo – concordou com essa possibilidade. Reforçou, ainda, que o que havia escrito n’*O Capital* sobre a inevitabilidade histórica só era válido para os países da Europa ocidental, indicando novos olhares e propostas para problemas postos por movimentos oriundos de outros horizontes.

Dito de outro modo, além do interesse nas lutas ameríndias, existe em Marx uma capacidade de transformar-se em contato com estas e outras lutas. Retornando às lutas cosmopolíticas yanomami estas confirmam a existência de um diálogo em curso e permitem aprofundar algumas questões.

5 LUTAS CRIANDO O COMUM

Como trabalhado acima, ambas as perspectivas situam-se num movimento contra o Estado. O encontro entre as duas teorias-lutas permite tratar a forma-Estado como o privilégio (e violência) do *Um* em detrimento da multiplicidade e da diferença, seja do ponto de vista de classe, seja da recusa da relação comando-obediência. O diálogo leva a entender os conceitos da extinção e do contra o Estado como uma luta contra o *Um* (ABENSOUR, 2004).

A proposta de organização municipal dos yanomami na Venezuela e a diplomacia cósmica de Davi Kopenawa nos permitem vislumbrar (pois é algo a aprofundar) o potencial político do encontro entre um Marx e uma imaginação conceitual ameríndia.

O diálogo proposto parece, assim, afirmar um discurso-ação de multiplicidades, quebrando as idéias-práticas de representação e transcendência do Estado e do capital. Segundo Castro, os espíritos (*xapiripë*) são imagens não representacionais, inumeráveis – sua intensidade luminosa indicando uma diferença intensiva e absoluta. Torna-se necessário, assim, “trocar a metafísica molar e solar do *Um* neoplatônica pela metafísica da multiplicidade lunar e molecular indígena.” (2006, p. 331-332). Ademais, Davi Kopenawa ao dizer o nome de um *xapiripë*, diz que “não é só um espírito que se evoca, é uma multidão de espíritos semelhantes.” (ibidem, p. 335).

O encontro opera, dessa forma, no sentido de uma libertação da multiplicidade, das singularidades do poder constituinte, da democracia contra o Estado, do contra o *Um*.

Além disso, o encontro desenvolve-se na direção de convergências das lutas contra o *Um* e criando o comum.

É manifesta a contemporaneidade de ambos. Assim como a coleta/roubo do sangue yanomami, seu estoque e posterior transformação em DNA os põem frente à ponta do capitalismo de hoje, o discurso de Davi Kopenawa e sua percepção da infinitude dos espíritos-floresta permite um paralelo com os debates hodiernos da física e matemática sobre o infinito (ALMEIDA, 2009). Da mesma forma, uma leitura dos escritos de Marx acerca da acumulação originária/inicial/primitiva ajuda a compreender, igualmente, as relações sociais atuais – capitalistas.

Para Marx, “a chamada acumulação originária nada é, portanto, senão o processo histórico de divórcio de produtor e meios de produção.” (MARX, 2006, p. 805). Tal processo cria “as pré-condições para o desenvolvimento do capitalismo moderno” (LÖWY, 2009, p. 65). Ademais,

A descoberta de terras de ouro e prata na América, o extermínio, escravização e enterramento da população nativa nas minas, o início da conquista e pilhagem das Índias Orientais, a transformação da África numa coutada para a caça comercial dos peles-negras, assinalam a aurora da era da produção capitalista. Estes processos idílicos são momentos principais da acumulação original. Lhes seguem de perto a guerra comercial das nações européias, com o globo terrestre por palco. Inicia-se com a revolta dos Países Baixos contra a Espanha, toma contornos gigantescos na Inglaterra com a guerra antijacobina e prolonga-se ainda na guerra do ópio contra a China (MARX, 2006, p. 843).

Trata-se de um sistema em que expropriação colonial mundo afora e as cercas (*enclosures*) e sua apropriação das terras comunais (dos *commons*) na Inglaterra do século 18 unem-se; constituem características de um todo capitalista. Existe, logo, um elo entre todas as partes do mundo na constituição e perenidade do capitalismo. Ocorre, desse modo, um tipo de curto-circuito temporal (MEZZADRA, 2008, p. 130), pois isto indica, igualmente, um processo contínuo – e não apenas inicial – de acumulação primitiva, uma ininterrupta expropriação dos bens comuns (terras, água, sementes e, sobretudo, inteligência e criações coletivas). Tal característica constitui assim o funcionamento normal do capitalismo numa permanente instituição de novos espaços de propriedade privada – origem e existência tornam-se inseparáveis.

De forma semelhante, Davi Kopenawa desenvolve sobre os contatos com os brancos um relato que se liga ao comum, aos *commons*;

Nós descobrimos estas terras! Possuímos os livros e, por isso, somos importantes!”, dizem os brancos. Mas são apenas palavras de mentira. Eles não fizeram mais que tomar as terras das gentes da floresta para se pôr a devastá-las. Todas as terras foram criadas em uma única vez, as dos brancos e as nossas, ao mesmo tempo que o céu. Tudo isso existe desde os primeiros tempos, quando Omama nos fez existir. É por isso que não creio nessas palavras de descobrir a terra do Brasil. Ela não estava vazia! Creio que os brancos querem sempre se apoderar de nossa terra, é por isso que repetem essas palavras. São também as dos garimpeiros a propósito de nossa floresta: “Os Yanomami não habitavam aqui, eles vêm de outro lugar! Esta terra estava vazia, queremos trabalhar nela!”. Mas eu, sou filho dos antigos Yanomami, habito a floresta onde viviam os meus desde que nasci e eu não digo a todos os brancos que a descobri! Ela sempre esteve ali, antes de mim. Eu não digo: “Eu descobri esta terra porque meus olhos caíram sobre ela, portanto a possuo!”. Ela existe desde sempre, antes de mim. Eu não digo: “Eu descobri o céu!”. Também não clamo: “Eu descobri os peixes, eu descobri a caça!”. Eles sempre estiveram lá, desde os primeiros tempos. Digo simplesmente que também os como, isso é tudo (KOPENAWA, 1998b).

Isso se liga à reflexão de Isabelle Stengers no que toca às *enclosures*, pois “o que foi destruído com os *commons* não foram somente os meios de viver dos camponeses pobres, mas também uma inteligência coletiva concreta, ligada a esse comum do qual todos dependiam.” (2009, p. 108).

Walter Benjamin trabalhou no mesmo espírito do ponto de vista das lutas, ao buscar uni-las. Em seu último texto *Sobre o conceito de história*, afirma que “toda vitória que já foi obtida e festejada pelos poderosos – elas continuam questionadas” (1991, p. 435). Ademais, “em Marx ela [a classe oprimida que luta] figura como a última das oprimidas, como a classe vingadora que, em nome de quantas gerações vencidas, levará ao fim a grande obra de libertação” (id., p. 440). Benjamin trabalha, assim, um fio comum das resistências, lutas-criações que rompem o tempo homogêneo e vazio do progresso contínuo e linear e as etapas do desenvolvimento capitalista.

Nesse sentido, pode-se opor à apropriação privada, a força da inteligência coletiva – como demonstrada, por exemplo, nos mitos yanomami e nas mais diversas experiências da forma-conselho – e sua criação do comum.

Deste modo, o diálogo enraíza-se nas experiências dos sujeitos sociais, já que “o pertencimento ao comum realiza-se *na coisa (in re)*, enquanto a abstração do universal lhe é ‘ulterior’ (*post rem*)” (JULLIEN, 2008, p. 43). Se o objetivo de alguns marxistas latino-americanos (QUIJANO, 2005; LANDER, 2005) é o de livrar o marxismo do

eurocentrismo, deve-se partir dos sujeitos que contra este lutam desde séculos – continuando com a perspectiva de pensar a partir da criatividade das lutas.

Retomando a questão inicial do universal e das lutas, o diálogo proposto nos coloca, porém, frente a uma espinhosa questão em aberto – é possível um mundo comum? O primeiro passo para isso seria reconhecer que hoje existem muitos mundos (LATOURET, 2003). Assim, algo universal teria que não ser tomado como dado, mas sim a construir – o comum. A construir a partir das lutas, das conexões entre as múltiplas lutas.

Se os selvagens sempre foram mobilizados pela filosofia política desde o século XVI (ARNET; SCHWARTZMAN, 1992, p. 33), trata-se aqui de uma proposta de levar a ideia de diálogo à vera, sem as habituais hierarquias (CLASTRES, 1979). O diálogo, assim, toma a forma de uma relação, de trocas entre modos de pensamento e de lutas. Não se trata de uma síntese, mas sim de uma aproximação sem unificação, de pontes entre visões críticas, lutas para alargar o mundo dos possíveis.

REFERÊNCIAS

ABENSOUR, Miguel. **La démocratie contre l'état**. Paris: Félin, 2004.

ALBERT, Bruce. 'O massacre dos Yanomami de Haximu'. **Folha de S. Paulo**, p. 6-4 e 6-5, 03 de outubro de 1993.

ALBERT, Bruce. O ouro canibal e a queda do céu. In: ALBERT, Bruce; RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Pacificando o branco: cosmologias do contato no norte-amazônico**. São Paulo: Ed. Unesp, 2002. p. 9-21.

ALBERT, Bruce. Anthropologie et recherche biomédicale: le cas Yanomami (Venezuela et Brésil). In: BONNET, Doris (Org.). **L'éthique médicale dans les pays en développement**. Paris: Autrepart / IRD, Éd. de l'Aude, 2003. p. 125-146.

ALÈS, Catherine. "Le goût du miel": le nouvel ordre politique dans l'Amazonie vénézuélienne et la participation yanomami. **Journal de la Société des Américanistes**, Paris, vol. 93, n. 1, 2007.

_____. **Yanomami, l'ireet le désir**. Paris: Karthala, 2006.

ALMEIDA, M. W. B. Comunicação pessoal, 2009.

ARNT, Ricardo Azambuja; SCHWARTZMAN, Stephan. **Um artifício orgânico: transição na Amazônia e ambientalismo (1985-1990)**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

BENJAMIN, Walter. **Écrits français**. Paris: Gallimard, 1991.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. A floresta de cristal: notas sobre a ontologia dos espíritos amazônicos. **Cadernos de Campo**, São Paulo, Ed. USP, v. 14/15, p. 319-338, 2006.

_____. O nativo relativo. **Mana: Estudos de Antropologia Social**, Rio de Janeiro, v. 8, n.1, p. 113-148, abr. 2002.

CLASTRES, Pierre. Entre silence et dialogue. In: BELLOUR, Raymond; CLEMENT, Catherine. (Org.). **Claude Lévi-Strauss**. Paris: Gallimard, p. 33-38, 1979.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o estado**. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

GOLDMAN, Márcio; CASTRO, Eduardo Viveiros de. Abaeté, rede de antropologia simétrica. In: SZTUTMAN, Renato (Org.). **Encontros: Eduardo Viveiros de Castro**. Rio de Janeiro: Azougue, 2008.

GRAEBER, David; LANNA, Marcos. Comunismo ou comunalismo?: a política e o 'ensaio sobre o dom'. **Revista de Antropologia**, São Paulo, Ed. USP, v. 48, n. 2, p. 501-23, 2005.

JULLIEN, François. **De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures**. Paris: Fayard, 2008.

KOPENAWA, Davi Yanomami. Xawara: o ouro canibal e a queda do céu. Entrevista a Bruce Albert (1990). Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/yanomami>>. Acesso em: 30 dez. 2009.

KOPENAWA, Davi Yanomami. Sonhos das origens. Depoimento recolhido e traduzido por Bruce Albert. Maloca Watoriki (1998a). Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/yanomami>>. Acesso em: 30 dez. 2009.

KOPENAWA, Davi Yanomami. Descobrimos os brancos. Depoimento recolhido e traduzido por Bruce Albert. Maloca Watoriki (1998b). Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/yanomami>>. Acesso em: 30 dez. 2009.

KRADER, Lawrence (Ed.). **The ethnological notebooks of Karl Marx**: studies of organ, Phear, Maine, Lubbock. Amsterdã: Van Gorcum, 1974.

LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, 2005.

LATOUR, Bruno. **Un monde pluriel mais commun**: entretiens avec M. François Ewald. Paris: Édition de l'Aube, 2003.

LÉVI-STRAUSS, Claude; ERIBON, Didier. **De perto e de longe**. Tradução de Léa Mello e Julieta Leite. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

LÖWY, Michael. Politique. In: DUMÉNIL, Gérard; LÖWY, Michael; RENAULT, Emmanue. **Lire Marx**. Paris: PUF, 2009.

_____. Introdução: nem decalque nem cópia: o marxismo romântico de José Carlos Mariátegui. In: MARIÁTEGUI, José Carlos. **Por um socialismo indo-americano**: ensaios escolhidos (seleção de Michael Löwy). Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2005.

_____. **A teoria da revolução no jovem Marx**. Petrópolis: Vozes, 2002.

MARX, Karl. **Inventer l'inconnu**: textes et correspondances autour de la commune. Paris: La Fabrique, 2008a.

_____. **Critique du programme de Gotha**. Traduit par Sonia Dayan-Herzbrun. Paris: Les Éditions Sociales, 2008b.

_____. **Le capital**: critique de l'économie politique: le procès de production du capital. Livre premier. 2. ed. Paris: PUF, 2006.

_____. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

MEZZADRA, Sandro. Attualità della preistoria: per una rilettura del capitolo 24 del primo libro del Capitale, "La cosiddetta accumulazione originaria". In: MEZZADRA, Sandro. **La condizione postcoloniale**: storia e politica nel presente globale. Verona: Ombre corte, 2008.

MORGAN, Lewis Henry. **Ancient society**. Cambridge: Cambridge University Press, 1964.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Mitos ameríndios e o princípio da diferença. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Oito visões da América Latina**. São Paulo: Ed. Senac, 2006.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, 2005.

ROSEMONT, Franklin. Karl Marx and the Iroquois. In: **Arsenal**. Chicago: Black Swan, 1989. p. p. 201-213.

SHANIN, Teodor (Org.). **Late Marx and the russian road**: Marx and "the peripheries of capitalism". New York: Monthly, 1983.

STENGERS, Isabelle. **Au temps des catastrophes**: résister à la barbarie qui vient. Paris: La Découverte, 2009.

_____. **Cosmopolitiques**. Paris: La Découverte, 2003.

_____. **A invenção das ciências modernas.** Tradução de Max Altman. São Paulo: Ed. 34, 2002.

SZTUTMAN, Renato. O profeta e o principal: a ação política ameríndia e seus personagens. 2005. Tese (Doutorado em Antropologia Social)–FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

ZIBECHI, Raul. **Dispersar el poder:** los movimientos como poderes antiestatales. Buenos Aires: Tinta Limón, 2006.

Submissão em: junho de 2010

Pareceres favoráveis em: novembro de 2010

A R T I G O S

Considerações Acerca do Processo Penal do Inimigo

CÉSAR FARIA*

Resumo: A partir da análise crítica do Direito Penal do Inimigo tal como concebido por Jakobs, destinado aos que, deliberadamente, por princípio e de forma reiterada, violam as normas do contrato social, chega-se ao Processo Penal do Inimigo, o qual não mereceu tratamento distintivo na tese do citado autor tedesco, mas pode ser identificado quando ele propõe a flexibilização ou supressão de garantias processuais. A existência do Processo Penal do Inimigo, que ficou mais nítida, em nível mundial, com o recrudescimento do sistema penal, após o atentado terrorista às Torres Gêmeas do *World Trade Center* em Nova Iorque, ocorrido no dia 11 de setembro de 2001, afigura-se ainda mais deletéria do que a do “Direito Penal do Inimigo”. Não se nega aqui a ocorrência de uma relação instrumental e de uma complementaridade funcional entre o Direito Penal e o Processo Penal, constituindo-se o processo como um meio de se atingir os fins previstos no direito material. Todavia, com o fenômeno da “*Constitucionalização do Direito*”, o processo penal, para além da realização do Direito Penal, há de ser compreendido como mecanismo de materialização dos direitos e garantias fundamentais, reafirmando-se sua instrumentalidade, mas agora, sob o viés constitucional. Neste prisma, à luz do princípio da supremacia da Constituição, não se pode admitir, sob qualquer argumento, um “Processo Penal do Inimigo”, no qual prevalece a supressão de garantias processuais, num modelo de *Estado Democrático e de Direito*, edificado com base no princípio da *dignidade da pessoa humana*. Afinal, num Estado Democrático de Direito, não se pode admitir a existência de “inimigo” ou de “amigo”, mas somente a de “culpado” ou “inocente”, não se reconhecendo, por conseguinte, o Processo Penal do Inimigo como Direito.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Processo Penal do Inimigo. Direitos e Garantias Fundamentais. Estado Democrático de Direito.

Abstract: From the review of the Criminal Law of the Enemy as conceived by Jakobs, for those who knowingly, by principle and repeatedly violate the rules of social contract, one arrives at the Criminal Procedure of the Enemy, who did not deserve treatment distinctive view of that author tedesco, but can be identified when he proposed the easing or abolition of procedural safeguards.

* Professor Doutor pela Universidade Federal da Bahia, Advogado Criminalista e Presidente do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

The existence of Criminal Procedure of the Enemy, which was sharper in the world, with the resurgence of the penal system after the terrorism attack on the Twin Towers of the World Trade Center in New York occurred on September 11, 2001, it even more deleterious than the “Criminal Law of the Enemy”. Here no one denies the occurrence of an instrumental relationship and a functional complementarity between the Criminal Law and Criminal Procedure, establishing the process as a means to achieve the purposes provided in substantive law. However, with the phenomenon of “Constitutionalisation law, criminal procedure, in addition to the completion of the criminal law is to be understood as a mechanism of realization of fundamental rights and guarantees, is reaffirming its instrumentality, but now, under the bias constitutional. In this light, the light of the principle of supremacy of the Constitution, can not be allowed in any case, a “Criminal Procedure of the Enemy,” which prevails in the removal of procedural safeguards, a model democratic state and of law, built on the basis the principle of human dignity. After all, a democratic state of law, we can not admit the existence of “enemy” or “friend”, but only of “guilty” or “innocent”, not recognizing therefore, the Criminal Procedure Law as the Enemy .

Key-words: Criminal Law of the Enemy. Enemy of Criminal Procedure. Rights and Guarantees. Democratic State of Law.

Riassunto: Dall’analisi critica del Diritto Penale del Nemico - così come concepita da Jakobs, ossia, diritto che ha per destinatari quelli che, di forma deliberata, per principio e reiteratamente, violano le norme del contratto sociale – si arriva alla Procedura Penale del Nemico, il quale non meritò trattamento specifico della tesi del suddetto autore tedesco; però lo si può individuare nel momento in cui viene proposta la flessibilizzazione o la soppressione delle garanzie procedurali. L’esistenza della Procedura Penale del Nemico – la quale diviene più nitida, a livello mondiale, con il rinforzo del sistema penale dopo l’attentato terrorista alle Torri Gemelle del *World Trade Center* a *New York*, accaduto l’11 settembre 2001, si presenta ancora più deleteria di quello conseguente al Diritto Penale del Nemico. Non si rifiuta qui l’occorrenza di un rapporto strumentale e di una complementarietà funzionale tra il Diritto Penale e la Procedura Penale, essendo, perciò, la procedura un mezzo per raggiungere i fini previsti nel diritto materiale. Tuttavia, con il fenomeno della “Costituzionalizzazione del Diritto”, la procedura penale, aldilà della realizzazione del diritto penale, deve essere intesa come un meccanismo di effettivazione dei diritti e delle garanzie fondamentali, riaffermandosi la loro strumentalità, però a questo punto secondo un punto di vista costituzionale. In quest’ambito, per il principio della supremazia della Costituzione, non si può ammettere, sotto qualunque argomento, una “Procedura Penale del Nemico”, nel quale viene prioritizzata la soppressione delle garanzie procedurali, in un modello di *Stato Democratico e di Diritto*, il quale ha per base il principio della *dignità della persona umana*. Nell’ambito dello Stato Democratico del Diritto, non si può ammettere l’esistenza di “nemico” o di “amico”, però è concessa solo quella di “colpevole” o meno, non riconoscendo perciò la Procedura Penale del Nemico come Diritto.

Parole Chiave: Diritto Penale del Nemico. Procedura Penale del Nemico. Diritti e Garanzie Fondamentali. Stato Democratico del Diritto.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO PENAL DO INIMIGO

1.1 Direito Penal do Inimigo na Visão de Günther Jakobs

1.1.1 Base jusfilosófica do direito penal contra o inimigo, de Jakobs

A ideia de um “direito penal do inimigo” não é nova, mas foi a partir de 1985, em estudo sobre a “Criminalización en el estadio prévio a la lesión de un bien jurídico”, que Jakobs (1997, p. 293-323) começou a estabelecer a diferença entre o Direito Penal do Cidadão, o qual preserva as esferas de liberdade, e o que denominou de “Direito Penal do Inimigo”, que prioriza a proteção a bens jurídicos e trata o infrator como “*não-pessoa*”.

Em trabalho mais recente, o mesmo autor tedesco (JAKOBS; MELIÁ, 2003), invocando as teorias contratualistas do Iluminismo, aduziu que, quem viola as normas do contrato social, por princípio e de forma reiterada, renuncia ao seu *status* de cidadão, da mesma forma que aquele que adere ao grupo criminoso (em vez da sociedade civil) e repudia a legitimidade do Estado em seu conjunto pratica uma “*autoexclusão da personalidade*”, devendo, na sua visão, ser tratado como inimigo.

Pessoas são destinatárias de direitos e deveres, para Jakobs “todo aquele que oferece fidelidade jurídica ao menos de forma relativamente confiável tem o direito de ser tratado como pessoa” (JAKOBS, 2008, p. 59), enquanto que aquele que não oferece uma “garantia cognitiva mínima de comportamento fiel ao Direito” não seria pessoa, e sim fonte potencial de crime, inimigo.

Para demonstrar que é possível se perder o status de cidadão, Jakobs e Meliá (2005, p. 25-26) partem da teoria de Rosseau pela qual o Estado se fundamentaria num contrato social, de modo que, no dizer do famoso contratualista, qualquer ‘malfeitor’ que ataque o ‘direito social’ deixa de ser ‘membro’ do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. Referindo-se a ele, expressamente, como “inimigo”: “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”.

No mesmo sentido, cita Fichte: “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e passa a um estado de ausência completa de direitos.”

Todavia, Jakobs não adota a concepção de Rosseau e de Fichte, quando consideram todo delinquente, de *per si*, como inimigo, por entender que “em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso,” porque como “cidadão”, ele tem direito a voltar a se ajustar com a sociedade e dever de reparar o dano que causou.

Comunga, entretanto, com o pensamento de outro teórico do contrato social, Hobbes, para quem, no “contrato de submissão”, o cidadão não pode perturbar o Estado em seu processo de auto-organização, de modo que, quando comete alta traição, deve ser castigado como inimigo, “pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza [...] e aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.” (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 27).

O professor de Bonn também segue a orientação de Kant, quando propõe seja tratado como inimigo quem ameaça constantemente e não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão, ou seja, não pretende participar da vida em um “estado comunitário-legal” (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p.28-29).¹

Conclui Jakobs que Hobbes e Kant conhecem um Direito Penal do cidadão – contra pessoas que não cometem crime de modo persistente por princípio – e um Direito Penal do Inimigo contra quem se desvia por princípio.

¹ “Quem não participa na vida em um ‘estado comunitário-legal’, deve retirar-se, o que significa que é expulso (ou impedido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser ‘tratado’, como anota expressamente Kant, como inimigo.”

Eis, em breves linhas, a base jusfilosófica do Direito Penal contra o inimigo de Jakobs, constituído para eliminar perigos, através da sanção como coação, pura e simples.

1.1.2 Adoção da Teoria dos Sistemas de Luhmann

Jakobs também adota a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann como base para construção de sua tese, quando defende o funcionalismo sistêmico, no qual a função das normas seria garantir as expectativas, tal como concebida por Luhmann.

Para Luhmann, o Direito deve ser visto como uma estrutura e a sociedade como um sistema em uma relação de interdependência recíproca.

Na convivência humana que só pode se dar em sociedade, o Direito teria a função de estabelecer limites para essa interação, de modo que cada um possa esperar, com um mínimo de confiança, determinado comportamento do outro. E as normas, conquanto não possam evitar os conflitos, devem garantir as expectativas de condutas.

A obra de Niklas Luhmann – Teoria dos Sistemas – é considerada como uma das leituras mais organizadas para analisar e compreender a dinâmica da sociedade atual, marcada pelo seu alto grau de complexidade.

O mencionado autor acolhe a orientação de *autopoiesis*, desenvolvida no âmbito da biologia, acerca da funcionalidade dos sistemas, denominando a sua teoria de “*teoria dos sistemas autopoieticos*”.

Assim, um conjunto de órgãos, por sua vez, forma um sistema e vários sistemas integrados podem formar um organismo e alguns sistemas, como o sanguíneo e ósseo, possuem funções autopoieticas, ou seja, conseguem se regenerar, com a diferenciação de células jovens ou imaturas em células maduras.

De modo semelhante, para Luhmann, a sociedade constitui um sistema que é caracterizado e diferenciado pela sua capacidade de autorreferência e pela *autopoiesis*, encontrando na comunicação o seu elemento essencial, através do qual constitui uma rede de relações fechada sobre si mesma.

Diante deste fechamento estrutural, defende que se mantêm como uma rede de relações e inter-relações em “*espiral evolutiva não teleológica*” (AMARAL, 2007, p. 154), que deve buscar a redução da complexidade dentro do próprio sistema.

A sociedade moderna pode ser caracterizada como um amplo sistema social orientado por uma diferenciação funcional. Consoante afirma Luhmann, após um longo período de estabilidade da sociedade liberal, observou-se um acelerado aumento da evolução industrial e tecnológica, o que, conseqüentemente, propiciou o surgimento de uma sociedade complexa, evidenciada a partir da capacidade de autorreferencialidade.

Quanto mais evoluída for uma sociedade, maior será o seu grau de diferenciação funcional. Daí se constatar que a sociedade contemporânea é mais complexa que as anteriores, e por isso, mais eficiente na resolução dos seus problemas, pois somente o que é complexo possui capacidade e habilidade para contornar e reduzir esta complexidade.

Através da técnica da diferenciação funcional, cerne da teoria dos sistemas, a sociedade se encontra apta para elevar a sua capacidade de comunicação, mantendo a sua originalidade de autorreprodução autopoietica, inserido no seu estrutural fechamento autorreferente.

É de fácil constatação, portanto, que Luhmann busca elaborar uma teoria sociológica que esteja em essencial conformidade com o nível de complexidade da sociedade moderna.

Ao propor uma reorientação sociológica pautada na comunicação, defende a superação da denominada “teoria da ação” que servia para caracterizar as sociedades clássicas e que, por isso mesmo, não pode servir de base epistemológica para a compreensão de uma sociedade estruturalmente diferenciada e complexa.

A comunicação, segundo o citado autor, é concebida como unidade que visa à síntese de, basicamente, três operações distintas, quais sejam: mensagem (*aussage*), informação (*informationen*) e compreensão (*versthen*).

Luhmann, como já demonstrado, concebe a sociedade atual como funcionalmente diferenciada, na qual cada subsistema desenvolve a sua função específica, orientada por um código binário exclusivo (LUHMANN, 2004, p. VII).

De modo que cada subsistema se desenvolve a partir dos seus códigos e programas. Abre-se e fecha-se conforme o seu escolhido código de diferenciação, de maneira que, da mesma forma que o sistema realiza mecanismos de aberturas cognitivas (*acoplamento estrutural*) e se demonstra permeável, em seguida se fecha para se autorreferenciar (*autopoiesis*), desenvolver-se, segundo a sua lógica interna, reduzindo a sua complexidade (LUHMANN, 1996, p. 78).

Nessa linha de compreensão, verifica-se que a sociedade atual é caracterizada pela comunicação, elementar do sistema social, através do qual ocorre a autodescrição do sistema pela busca da sua autorreprodução.

Diante dessas breves considerações acerca do pensamento luhmanniano na Sociologia, convém evidenciar, ainda que sucintamente, a relação do seu pensamento com o Direito e, em seguida, com o Direito Penal.

Segundo Luhmann, para verificar a função do Direito na sociedade complexa, faz-se necessário que se observe o modo pelo qual ele estrutura e diferencia as expectativas cognitivas e, principalmente, as normativas, afinal, é sobre elas que se refere (LUHMANN, 1983, p. 70).

Toda e qualquer expectativa consiste em uma antecipação do futuro e, como tal, está apta a ensejar frustrações. Assim, existem duas formas para lidar com estas frustrações: ou se adapta a expectativa à situação que a frustrou ou se volta contra tal situação. No primeiro caso, estar-se-ia diante de uma expectativa cognitiva, que se adapta à situação que a contrariou.

No segundo, todavia, verifica-se uma expectativa normativa que deve se manter firme contra a situação que a decepcionou. Conforme o pensamento de Luhmann, essas duas formas de lidar com a frustração de expectativas encontram no Direito a sua estabilização por meio da normatização (LUHMANN, 1983, p. 72).

A norma seria uma forma de estruturar as expectativas, fixando-as como normativa e, através de determinados mecanismos, neutralizá-las contra as condutas que dela se desviam (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 141).

O Direito Positivo, portanto, estaria essencialmente vinculado com o processo de diferenciação funcional registrado pela sociedade atual, moderna e complexa. A positivação, ao consistir na afirmação e validação do Direito por meio de decisões, insere-se em uma orientação reflexiva que induz no Direito a capacidade de se criar e mudar de maneira intrassistêmica.

A partir da incorporação da orientação de autorreferencialidade na sua teoria dos sistemas, Luhmann descreve o direito Positivo atual (moderno) como um subsistema essencialmente funcional e diferenciado, que, constituído por outros subsistemas também

autorreferenciados, como por exemplo, a política e a economia, reproduz-se autopoieticamente através da comunicação para manter a sua unidade enquanto sistema funcional (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 145).

Nesse sentido, para compreender o Direito enquanto sistema faz-se necessário compreender que é autorreferenciado, na medida em que produz e reproduz, não somente suas estruturas, como também seus próprios elementos constituintes através de operações essencialmente fechadas.

Destarte, o Direito também é compreendido enquanto um sistema autopoietico, no qual as operações são realizadas em seu interior, reproduzindo-se intrassistematicamente.

Como já registrado, a teoria dos sistemas desenvolvida por Luhmann na sociedade e no Direito, interpretado enquanto um subsistema deste, também pode ser compreendida, ou, melhor, inserida, no contexto do Direito Penal, analisado enquanto um subsistema de um subsistema (direito – “*lato sensu*”).

Para o citado autor, nesta linha de compreensão, o Direito Penal possui na norma o seu fundamento decisório e analisa a relevância da ação penal a partir da exclusão de qualquer fundamento divino, natural ou pré-jurídico. A ação penalmente relevante deve estar associada a um determinado dever jurídico, de maneira que o Direito Penal deve se desvincular de qualquer fonte externa (AMARAL, 2007, p. 95).

Diante de tais contribuições acerca do pensamento luhmanniano na sociedade, no Direito e no Direito Penal, haverá de se analisar sua inegável influência no funcionalismo sistêmico defendido por Jakobs.

Para este autor, o funcionalismo seria o pensamento de origem organicista, no qual o indivíduo faz parte de um todo. Ou seja, a análise toma como referência o grupo e não o sujeito individualmente considerado para a formulação de proposições teóricas.

Defende o sistema, notadamente influenciado pelas concepções teóricas de Luhmann, como algo fechado, no qual cada indivíduo, ao se portar com a incumbência de seus papéis sociais, funciona como subsistema de um subsistema.

O Direito Penal, compreendido enquanto um subsistema diferenciado, com capacidade de auto-reprodução, é fechado e deve buscar as soluções para os seus problemas no próprio sistema.

Esposando a teoria da prevenção geral positiva, Jakobs confere especial enfoque no reconhecimento normativo, impondo ao Direito Penal a função da busca por tal reconhecimento. Assim, desconsidera o bem jurídico em jogo, apenas exaltando a norma e, conseqüentemente, a credibilidade no sistema.

Nesse diapasão, a aplicação da pena nada mais é do que uma necessidade de confirmação da sociedade, ou seja, de confirmação das expectativas sociais.

Desenvolve um conceito funcional de culpabilidade, compreendido enquanto um sistema fechado, no qual basta que se preencha os seus elementos (capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) para se estabelecer um pressuposto para a aplicação contrafática da sanção, restabelecendo a crença no sistema. O referencial da culpabilidade defendida por Jakobs é a plena e perfeita vigência do ordenamento jurídico.

Percebe-se que a culpabilidade é compreendida como uma atribuição de prevenção geral, como meio de recuperação na fidelidade do Direito. Constitui a afirmação de que o agente precisa sofrer a aplicação da pena, encarada enquanto um árduo processo de comunicação, com o objetivo de restabelecer a confiança no ordenamento jurídico.

As normas representam “expectativas estabilizadas de comportamento de tipo contrafático” e sua “validez é experimentada como independente de seu cumprimento fático” (JAKOBS, 1995). Daí se concluir que a lesão da norma e conseqüente frustração de expectativa não pode por em risco a vigência da norma.

Jakobs, portanto, compartilha da tese de um sistema fechado e diferenciado que, a partir da realização de mecanismos que permitam a sua autorreferencialidade, (*autopoiesis*) deve manter a sua identidade interna.

A frustração de expectativas normativas denota um *déficit* cognitivo, diante do qual, para manter a harmonia dos elementos constitutivos do sistema e a vigência da norma, deve haver uma aplicação contrafática da sanção. Vale dizer, independentemente do bem jurídico lesado casuisticamente, mecanismos de defesas intrassistêmicos devem ser ressaltados para restabelecer a credibilidade do sistema e o seu perfeito funcionamento.

Seguindo esta linha de orientação, é possível afirmar que Jakobs desconsidera o desvalor da ação (*ex ante*), apenas atribuindo relevância ao desvalor do resultado (*ex post*).

Como já brevemente exposto e como ainda será explicitado, o Direito Penal do Inimigo defendido por Jakobs centra-se na concepção teórica de que aquele que frustra as expectativas normativas é detentor de um *déficit* cognitivo e merecedor da aplicação de um Direito Penal que flexibilize as suas garantias enquanto cidadão, assumindo a posição de inimigo do Direito.

O multicitado autor conclui a sua compreensão no seguinte sentido: “uma norma não é socialmente válida apenas quando é obedecida, mas também quando é sustentada contrafaticamente, pois, em ambos os casos, ela cumpre a função de oferecer a segurança das expectativas.” (LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1993, p. 124 *et seq.*).

Nesse contexto, a pena, além de servir para demonstrar a desaprovação do ato praticado, teria a função de confirmar, contrafaticamente, a validade da norma penal violada e por meio dela, segundo Jakobs, é que se daria a “estabilização das expectativas”.

Com efeito, existe uma grande identidade de pensamento na distinção de pessoa e não-pessoa de Jakobs e na forma com que o Direito deve regular a questão de inclusão e exclusão nas palavras de Luhmann:

Quem ingressa tem de submeter-se genericamente às expectativas vigentes no sistema, juntamente com as condições institucionalizadas para a modificação dessas expectativas. Aquele que se rebela por princípio (ou seja, não peca eventualmente), tem que sair. (LUHMANN, 1985, p. 59).

1.1.3 Alguns antecedentes do direito penal do inimigo (origem ideológica)

Carl Schmitt, em obra escrita em 1932 (SHIMITT, 2008, p. 30), conceituou o inimigo como o estrangeiro, o outro, o adversário,

um conjunto de pessoas em combate ao menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo público, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, torna-se, por isso, público. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido amplo; *polemios* e não *echtros* (SHIMITT, 2008, p. 30).

Propunha o citado politólogo que o Direito (não necessariamente Penal) deveria conferir tratamento diferenciado aos “amigos” e aos “inimigos da sociedade”, excluindo

juridicamente estes últimos, por não integrarem à “comunidade do povo”, incluindo-se nesta categoria aqueles pertencentes a “raças inferiores” ou “sub-humanas”.

O teórico do nazismo chegou a defender, em congresso jurídico, a exclusão da comunidade acadêmica dos judeus, a quem denominou de “parasitas culturais”, exortando para que suas obras não fossem citadas na bibliografia.

Essas afirmações foram feitas no momento em que se preparavam as famigeradas leis de Nuremberg de 1935, pelas quais se excluía os judeus da cidadania alemã e dos direitos civis, bem como se castigava como delito de “ultraje à raça” a relação sexual de um judeu com outra pessoa de raça ariana.

Conforme denuncia Muñoz Conde (2010, p. 113), o passo seguinte na construção de um direito especial contra os inimigos foi sua “eliminação física”, primeiro por meio da internação em campos de concentração, em regime de trabalhos forçados, e depois nos campos de extermínio de Auschwitz ou Birkenau.

Este mesmo autor, buscando as origens ideológicas do Direito Penal do Inimigo, afirma que, desde o fim do século XIX, penalistas alemães de porte como Franz Von Liszt e Edmund Mezger, já defendiam ideias semelhantes as do Direito Penal do Inimigo de Jakobs.

Ao classificar os delinquentes em ocasionais, corrigíveis e incorrigíveis, Von Liszt (*apud* MUÑOZ CONDE, 2010, p. 105) considerava estes últimos como “inimigos da ordem social”, neles incluindo os reincidentes habituais, além dos mendigos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, e gente do submundo em sentido amplo, que, em sua opinião, pela forma de vida, representavam perigo para a ordem social e tinham simplesmente que ser “inocuízados”, seja por meio da prisão perpétua, seja, inclusive, por meio da pena de morte.

Ainda segundo Muñoz Conde, Binding, apesar de rechaçar a pena de segurança baseada na pura periculosidade como propunha Von Liszt, também defende a utilização da pena contra os reincidentes como forma de inocuízção da “espécie criminal”.

Observe-se que, não obstante Von Liszt pertencer à Escola Moderna que defendia a pena orientada à prevenção, e Binding propugnar a pena como retribuição (Escola Clássica), no que refere ao tratamento que deveria ser dispensado aos reincidentes, ambos defendiam a mesma solução e com a mesma ênfase: inocuízção.

Já quase no fim do regime nacional-socialista e em plena Segunda Guerra Mundial, elaborando um projeto de lei para o tratamento dos “Estranhos à Comunidade”, o penalista Edmund Mezger propôs a existência no futuro de dois (ou mais) “Direitos Penais”: um Direito Penal para a generalidade (com os princípios vigentes) e um Direito Penal (completamente diferente) para grupos de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinquentes por tendência.

Como se pode ver no texto mencionado, consoante informa Munoz Conde, a separação entre dois Direitos Penais não é nenhuma invenção de Jacobs, e

sim algo que já tinha muito claro o professor Edmund Mezger quando buscava fundamentar um projeto de lei no qual a esses grupos especiais de pessoas, que ele denominava ‘estranhos ou inimigos da comunidade’, simplesmente se impunha a reclusão por tempo indeterminado em campos de concentração, a esterilização, a castração ou diretamente a morte, entregando-se à polícia, sem nenhum tipo de garantias jurídicas, procedimento ou controle judicial (MUÑOZ CONDE, 2010, p. 111-112).

Apesar de todas as evidências, Jacobs tenta se afastar do conceito de inimigo de Schmitt, tratando de deixar clara a distinção, certamente temendo sua vinculação ao citado autor por ter pertencido ao Partido Nacional-Socialista alemão, como o fez na conferência sobre “Direito Penal do Inimigo? Uma análise acerca das condições da legalidade”:

O conceito aqui apresentado não é congruente com o conceito de inimigo, da maneira como ele é constituído em Carl Schmitt, “Der Begriff des Politischen” (1927), com o inimigo adversário existencial. Em Carl Schmitt, o conceito do político é um conceito teológico secularizado, que mais distingue os tementes a Deus dos ateus do que adversários políticos no entendimento corrente. O conceito de Schmitt não trata de criminoso, mas de *hostis*, de outros; no Estado somente se chega a um confronto político, no sentido de Schmitt, no caso de guerra civil. Em contrapartida, o inimigo do Direito Penal do Inimigo é um criminoso do tipo que se supõe permanentemente perigoso, um *inimicus*. Ele não é um outro, mas devia se comportar como um igual e, por essa razão, é-lhe também imputada a culpa penal, diferentemente do *hostis* de Schmitt. Se, nas minhas exposições, eu tivesse me referido a Carl Schmitt, isso seria uma incorreção grassa (JAKOBS, 2008, p. 42-43).

Mesmo com as distinções feitas, é inegável a influência do teórico do Estado absoluto na construção do conceito de Inimigo de Jakobs.

Para Schmitt, inimigo não seria qualquer sujeito infrator, mas sim o *hostis*, o outro, o estrangeiro, de modo que a ele não se poderia aplicar as normas pré-estabelecidas para

a comunidade, o que, sem dúvida, aproxima-se do conceito de *não-pessoa* de Jakobs, no sentido da negação absoluta do outro, daquele que, estrangeiro ou não, é considerado inimigo.

Consoante ensina Zaffaroni, esta concepção definida de inimigo remonta a distinção do Direito Romano entre *El inimicus* y *el hostis*:

El inimicus era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el hostis, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El extranjero, el extraño, el hostis, era el que carecía de derechos em absoluto, el que estaba fuera de la comunidad (ZAFFARONI, 2009, p. 22).

1.1.4 “*Não-pessoa*” na visão de Silva Sánchez

Pessoa é destinatária de direitos e deveres. Silva Sánchez observa que o inimputável é considerado não-pessoa no sentido de que não se constitui como destinatário de obrigações jurídicas, porém seria pessoa no sentido de que a ele se aplicam as normas jurídicas que protegem as pessoas. Onde afirma existir um “Derecho (penal) de ciudadanos para no-personas”. Sem dúvida, que as normas que regulam as medidas de segurança para os inimputáveis, conquanto fundamente-se no juízo de periculosidade e não de culpabilidade e sejam direcionadas para o futuro, fazem parte do denominado Direito Penal do Cidadão.

Assim como o inimputável seria não-pessoa para efeito de imputação de responsabilidade, o imputável perigoso seria não-pessoa para efeito de lhe serem suprimidas algumas garantias político-criminais materiais e processuais.

O inimputável não seria não-pessoa, no pensamento de Jakobs, porque não existe, com relação a ele, “expectativas normativas”, como ocorre com o imputável que, além de frustrar a expectativa, não oferece “garantia mínima cognitiva” de que não voltará a delinquir no futuro.

Embora reconheça que Jakobs se referiu em algumas ocasiões a inimigo como não-pessoa, pondera Silva Sánchez que houve um excesso verbal, pois a exclusão das garantias não é absoluta, o inimigo seria, nas suas palavras, “*menos persona*”.

Ressalva o citado autor espanhol que nem sempre há uma correlação direta entre o inimigo e o excluído, conforme referido na teoria dos sistemas, dependendo da forma de

exclusão. Assim, não deve ser considerado inimigo aquele sujeito excluído da sociedade, porque não recebe os benefícios do seu crescimento e progresso econômico, apesar da noção de excluído nascer associada à marginalidade e à pobreza.

Conquanto apresente uma visão mais mitigada do Direito penal do inimigo de Jakobs, faz Silva Sánchez (2010) uma comparação muito significativa do ponto de vista jus-filosófico ou dogmático, sobre o indesejado e o inimigo.

Ao falar em “*indesejados*”, refere-se Silva Sánchez aos concebidos e não nascidos, aos fetos abortados, criticando a forma de despenalização do aborto na Espanha, que é atualmente a principal causa de mortalidade naquele país, sendo que, dos abortos, 96,89% foram praticados com base na indicação de grave risco para saúde psíquica da mãe.

Para se aplicar essa exclusão dos concebidos “*indesejados*”, primeiro eles foram despersonalizados, vistos somente como “*fuentes de riesgo*”, para que depois pudessem ser destruídos como inimigos, já que não seria possível se considerar lícito o aborto de uma pessoa.

Silva Sánchez critica os critérios de exclusão que atendem somente aos interesses dos pais, que são os mais fortes e exercem seus poderes sobre os mais débeis, os fetos.

Muito embora o legislador, no Estado Democrático, represente a vontade da maioria, ressalta o autor espanhol a importância dos Direitos Humanos que surgem e se desenvolvem com a vocação de serem limites à vontade da maioria.

Conclui revelando seu ideal de que qualquer ser humano seja livre de toda exclusão, “precisamente en virtud de su humanid real e irrepitable, en el común nosostros”.

Com base nos argumentos jus-filosóficos contidos na comparação de Silva Sánchez de indesejados e inimigos, pode-se dizer que, para suprimir direitos e garantias, desprotegendo juridicamente um cidadão, é preciso tratá-lo como não-pessoa, ou menos-pessoa ou pessoa de segunda classe, despersonalizá-lo, desumanizá-lo, de acordo com o jogo político daqueles que detêm o poder.

1.1.5 Características do Direito Penal do Inimigo

Ainda segundo Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracterizaria por três elementos básicos: amplo adiantamento da punibilidade, considerando o fato futuro, numa visão

prospectiva, no lugar da tradicional retrospectiva (fato cometido); aumento desproporcional das penas, não levando em consideração a antecipação da barreira de punição para sua redução; relativização ou supressão de garantias processuais.

Não obstante Jakobs tenha dito, em defesa de sua tese, que buscava um conceito meramente descritivo do Direito Penal do Inimigo e não legitimador, não conseguiu, e nem poderia, descrever sem se comprometer.

O ideal de pureza ou neutralidade presente na Teoria do Direito de Hans Kelsen, no sentido de que, ao cientista do Direito caberia observar e descrever de maneira neutra, pura, as normas jurídicas através da proposição geral “*Se é A, deve ser B*”, só pode ser concebido como uma reação contra o jusnaturalismo.

Nos seus escritos, Jakobs assim tenta proceder, apresentando uma justificativa funcional para o Direito Penal do Inimigo, como algo necessário, indispensável e inevitável. Uma “legítima defesa” da sociedade ante o perigo ou risco intolerável, que estaria autorizada a, utilizando-se de meios necessários, combater o agressor, antes mesmo da agressão ser atual ou iminente, seria mais aproximado do que ele próprio denominou de “estado de necessidade agressivo”.

Conforme já referido, Jakobs constrói seu pensamento tomando por base o contratualismo de Hobbes, para quem inimigo é aquele que viola gravemente o “contrato de submissão”, donde resulta inserida, inexoravelmente, a ideia de soberania, a ser exercida por parte daqueles que têm o poder de definir quem são os inimigos, sendo inquestionável que o tema ora tratado se insere na teoria política, constitucional, a qual Jakobs teve receio de enfrentar.

Para ele a tarefa da Ciência Penal diante dos desafios da atualidade seria identificar as regras do Direito Penal do Inimigo e separá-las do Direito Penal do Cidadão, para que, neste último, seja possível continuar tratando o criminoso como sujeito de direito (JAKOBS, [s. n. t.], p. 106).

O Direito Penal do Inimigo ainda se relacionaria com o Direito Penal da “terceira velocidade” de Silva Sánchez: na primeira velocidade seriam mantidas todas as garantias clássicas, em casos de cominação de penas privativas de liberdade; na segunda velocidade haveria uma flexibilização dos princípios político-criminais clássicos e das regras de imputação, para os casos em que não é cominada pena de prisão e, finalmente, na terceira

velocidade haveria uma “ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”, para o “Direito Penal da pena de prisão” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 25).

No entanto, Silva Sánchez só admite o que denominou de “Direito Penal da terceira velocidade” excepcionalmente, em situação de emergência diante da gravidade do conflito.

Percebe-se, neste sentido, que “o novo modelo penal” deve atender aos cidadãos, de forma que contenha a insegurança provocada pela moderna sociedade de risco, ou seja, propõe-se a modernização do Direito Penal. Assim, medidas que flexibilizem as suas garantias, que antecipem a sua tutela para a fase dos atos preparatórios e que criem novas tipificações, são defendidas como forma do direito penal cumprir seu papel de prevenção e precaução.

Como já foi citado anteriormente, o que se pretende com o novo modelo penal da segurança cidadã, é acolher propostas para melhorar a sua efetividade, haja vista que o Direito Penal clássico não mais atende as necessidades da moderna sociedade de risco.

Essas propostas se aproximariam do Direito Penal de terceira velocidade de Silva Sánchez (1999, p. 40), no qual a aplicação da pena privativa de liberdade (prisão) concorra essencialmente com a árdua flexibilização das garantias penais e/ou processuais. Vale destacar, que a aludida proposta não é um conceito de risco, mas sim de expansão. Ou seja, o Direito Penal deve se expandir para conquistar outros setores sociais, assim como uma maior penalização daqueles que já eram punidos. Tudo isso, está incluído no mosaico sentimento de insegurança propiciado pela sociedade de risco.

Destaque-se que a grande distinção teórica do sistema funcional de Jakobs reside no conceito de bem jurídico penal, eis que para o jusfilósofo alemão o Direito Penal protege a manutenção da vigência da norma e não exatamente bens jurídicos em si (patrimônio, moral, integridade física, vida, etc.).

Para Jakobs, como já oportunamente destacado, o fim da pena “é manter a vigência da norma como modelo de contrato social.” (CASTRO, 2010, p. 76).

Assim, quando ocorre a violação da norma penal, é preciso que se aplique a pena, não só para desaprovar o ato cometido, mas sobretudo para confirmar a validade da norma contrariada, restabelecendo a confiança nas expectativas nela contidas, e, mais amplamente, no sistema jurídico e no próprio sistema social.

A função do Direito Penal, para Jakobs, é garantir a segurança das expectativas sociais, que o Direito Penal tradicional não vem conseguindo desempenhar na sociedade pós-moderna de riscos e perigos.

“Risco é uma palavra da modernidade e é algo construído, ou seja, o risco é uma construção comunicativa da sociedade, que não pode ser avaliado sob a concepção do bem e do mal.” (AMARAL, 2007, p. 135). “O risco é um paradoxo, porque ele existe porque não existe” – Rafaele di Giorgi – e é diferente da concepção de perigo, que por sua vez também é uma palavra da modernidade. “Perigo é a probabilidade de um evento futuro nocivo e que continua a diminuir nas sociedades modernas, haja vista as condições, devido às inovações tecnológicas, de poder prever, evitar o perigo.” (AMARAL, 2007, p. 138).

Daí a necessidade de adoção de uma legislação própria para se combater o indivíduo que se afasta perigosamente do Direito, de maneira duradoura, sem expectativa de que volte a conviver sob uma constituição cidadã.

Jakobs cita como exemplo o terrorista, referindo aos atentados às torres gêmeas de 11 de setembro de 2001, definindo-o como “quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento, e por isso persegue a destruição dessa ordem.”.

Nesse contexto, para preservar o Direito Penal do Cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito, propõe a utilização do Direito Penal do Inimigo, numa “guerra contida”.

Em síntese, para Jakobs, um Direito Penal do Inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso para o Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo.

1.1.6 Críticas ao Direito Penal do Inimigo (Cancio Meliá: Direito Penal Simbólico e o Punitivismo)

Os fenômenos político-criminais geradores do denominado Direito Penal do Inimigo, segundo Cancio Meliá (2002), são o Direito Penal Simbólico e o punitivismo, ambos produtos da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais.

Os elementos de interação simbólica são da essência da norma penal, até mesmo pela sua vinculação social e finalidade de prevenção geral positiva.

O Direito Penal Simbólico para Cancio Meliá (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 59) é aquele que tem como objetivo tão somente dar, no dizer de Silva Sánchez, “a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”, onde predomina uma função latente sobre a manifesta.

Ressalta o Professor espanhol, o ressurgir do punitivismo, seja com a introdução de normas penais novas com o intuito de promover sua efetiva aplicação, seja com o aumento das penas para normas já existentes, destacando a mudança nas coordenadas políticas, distintas das funções tradicionais, antes assim distribuídas: esquerda política-demandas de descriminalização/direita política-demandas de criminalização.

A esquerda, que identificava a criminalização de determinadas condutas como mecanismo de repressão para a manutenção do sistema econômico-político de dominação, descobre uma linha de neocriminalização específica: delitos de discriminação, delitos nos quais as vítimas são mulheres maltratadas, etc., e aprende o quanto rentável pode ser o discurso político da *law and order*, antes monopolizado pela direita. Esta, por sua vez, também em matéria de política criminal, não quer mais ser identificada como “conservadora”, mas “progressista”.

Com acuidade, observa Cancio Meliá (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 65) que o Direito Penal Simbólico não só identifica um determinado ‘fato’, mas também (ou sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. E para isso são necessários os traços vigorosos do punitivismo exacerbado.

Arremata, o citado autor, que da união fraternal entre o Direito Penal Simbólico e do punitivismo surge o denominado Direito Penal do Inimigo.

O Professor espanhol critica a tese de Jakobs acerca da pretensa autoexclusão da personalidade jurídica por parte do inimigo, na justa medida em que a personalidade jurídica é atribuída pelo Estado Democrático de Direito a todos os seres humanos, sendo irrenunciável, de tal forma que Direito Penal do Inimigo encerra uma contradição em termos, ao passo que Direito Penal do Cidadão, um pleonasmo.

Considera Cancio Meliá que o conceito de Direito Penal do Inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificação do “não-Direito Penal” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 66) presente nas legislações positivas.

Suas críticas ao Direito Penal do Inimigo situam-se, basicamente, na disfunção da pena e na sua incompatibilidade com o princípio do Direito Penal do fato, na medida em que não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas estigmatiza determinados grupos de infratores, caracterizando-se, por consequência, como um Direito Penal do autor.

O Direito Penal do Inimigo encerra uma contradição em seus termos, segundo Cancio Meliá, porque não só é politicamente errôneo (ou inconstitucional), como também porque não contribui à prevenção policial-fática de delitos.

A própria percepção dos riscos é uma construção social que não está relacionada com as dimensões reais de determinadas ameaças, mas muitas vezes é propositalmente ampliada para justificar uma reação desproporcional.

Não obstante as consistentes críticas suscitadas, Jakobs sustenta sua posição, defendendo a aplicação do Direito Penal do Inimigo como Direito Penal de Emergência, de forma claramente delimitada, o que, em sua opinião, seria menos perigoso do que se embutir no Direito Penal do Cidadão alguns dispositivos próprios do Direito Penal do Inimigo.

Em prefácio para edição brasileira do seu “Direito Penal do Inimigo” (2008), assim se justificou o citado autor alemão:

O Direito Penal do inimigo é um Direito de exceção, um direito de necessidade do Estado de Direito. Somente é possível determiná-lo como Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito; em um Estado de Não-Direito, ele não constitui uma singularidade, pois este vê inimigos em todas as partes. [...]. Assim, as presentes exposições não pretendem, de forma alguma, ser uma exortação ao ataque violento; pelo contrário, trata-se das condições de juridicidade orientadora.

Contudo, embora tente, não consegue afastar a contradição em se admitir um Direito Penal do Inimigo num Estado Democrático e de Direito.

Seguindo o pensamento de Jakobs, um Estado de Direito se distinguiria de um Estado de não-Direito, porque este último veria inimigos em toda parte, enquanto o primeiro identificaria os inimigos em uma parte, de forma segregada, específica.

Ora, se no Estado de Direito de Jakobs, uma parte pode ser considerada como não-pessoa, inimigos, aos quais, pelo seu potencial de risco, não devem ser reconhecidos direitos

fundamentais, como justificar que eles devem obedecer às normas juridicamente fixadas por esse mesmo Estado?

Afigura-se incompatível um corte sistêmico no sistema dos direitos fundamentais, ainda que de forma bem delimitada, como propõe o multicitado autor, num Estado Democrático de Direito. A prática confirma essa assertiva.

Assim, concordar com a ideia de que o Direito Penal deve ser desmembrado em Direito Penal do Cidadão e do Inimigo, como também defender um Direito Penal de terceira velocidade, é contribuir para a proliferação da política criminal de emergência, utilizando-se de meios analgésicos para tratar a grave doença social da moderna criminalidade.

Esta introdução é imperiosa para que, antes de um juízo crítico mais aprofundado, entenda-se o pensamento de Jakobs sobre o que denominou de Direito Penal do Inimigo, de maneira clara, sem as costumeiras deturpações.

2 DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO

As relações entre o Direito Processual Penal e o Penal são tão íntimas que Jakobs sequer distinguiu o Direito Penal do Inimigo do Processo Penal do Inimigo, embora devesse fazê-lo quando se referiu à supressão ou flexibilização das garantias processuais.

A visão integradora adotada pelo autor alemão, como forma de expandir seu “Direito Penal do Inimigo”, conduz a um processo penal sem garantias, na medida em que também atribui ao processo fins de (re)estabilização normativa.

A filosofia de considerar determinados acusados como inimigos acarreta necessariamente consequências no Processo Penal. Apesar de sua autonomia como Ciência Jurídica, o Processo Penal tem um caráter eminentemente instrumental. Por seu meio é que o Direito Penal atua, que passa do abstrato ao concreto, da ideia à realidade.

Com efeito, o Direito Penal do Inimigo, influenciado pelo punitivismo, apregoa sanções mais graves, exacerbadas, para os inimigos, que, contudo, mesmo sem examinar sua eficácia preventiva, só poderão ser aplicadas, após o devido processo penal.

Ora, quanto mais grave a acusação, com maior razão, não se deve perder de vista o princípio constitucional da presunção de inocência, daí o enorme risco de se adotar normas processuais próprias do Direito Processual Penal do Inimigo.

Luhmann (1980), no particular, diferencia-se de Jakobs quando propugna a legitimação pelo procedimento, que serve de título à sua conhecida obra.

Para este autor, a legitimidade está no próprio processo, desde o ponto inicial do procedimento até o momento final da decisão. O que importa é a certeza de que uma decisão será tomada.

No processo de “fixação de expectativas normativas”, somente se torna Direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através deste processo possa ser reconhecido.

No entendimento de Luhmann (1980, p. 3), “os procedimentos (sejam judiciais, legislativos ou executivos) são sistemas de ação através dos quais os destinatários das normas aprendem a aceitar uma decisão que ainda vai ocorrer, antes mesmo da sua ocorrência.”

Através do processo, ainda que não seja possível produzir consenso, busca-se estabelecer as condições necessárias para a aceitação da decisão.

Sem dúvida que, na legitimação pelo procedimento, Luhmann realça a importância do processo para construção de uma decisão, sem, contudo, analisar a escolha das possibilidades em torno das quais se decidirá, nem as relações reais de poder em jogo, que permitem identificar os destinatários de sanções.

Todavia, indubitavelmente, a referida polarização entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo permeia igualmente o Direito Processual Penal.

Basta constatar que Jakobs, ao enumerar as características do “Direito Penal do Inimigo”, cita a relativização ou supressão de garantias processuais, que será objeto específico deste estudo.

Como é sabido, o acusado é um sujeito processual, detentor de direitos como a não-autoincriminação, a não ser enganado, a regularidade no procedimento de obtenção das provas, bem como de deveres, como, por exemplo, não mudar de residência sem autorização judicial, não ausentar-se por determinado período da comarca onde tramita o processo.

Por outro lado, quando ele se comporta como “inimigo” do ponto de vista processual, fraudando provas, ameaçando ou corrompendo testemunhas, fugindo, devem ser aplicadas medidas restritivas, das quais é exemplo eloquente a prisão preventiva.

Contudo, mesmo na última hipótese, esse ainda não é o Direito Processual do Inimigo.

Com efeito, o Direito Processual do Inimigo surge como uma consequência do Direito Penal do Inimigo que, na busca da eliminação de riscos, vulnera garantias processuais, independente do comportamento do acusado como sujeito processual.

O imputado já é tratado como “inimigo” por supostamente fazer parte de determinado grupo de risco, pela sua potencial periculosidade, diga-se, presumida, por não ter sido ainda devidamente processado e condenado.

Contra o “inimigo”, defende Jakobs a aplicação de regras excepcionais, como a intervenção nas telecomunicações, investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados, mas de modo juridicamente ordenado para não contaminar o que ora se denomina “Direito Processual Penal do Cidadão”. Nas suas palavras, “estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que intervêm em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado.” (LUHMANN, 1980, p. 40).

O grande paradoxo do Direito Processual Penal é ter duas finalidades precípua que se entrecrocaram: eficácia na realização da justiça e proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Ordenamento de liberdade *versus* ordenamento de segurança.

Nessa dicotomia, o Processo Penal do Inimigo traduz, em vez da atividade cognitiva baseada na imparcialidade do Estado Democrático de Direito, aquilo que Ferrajoli (1984) denomina “procedura decisionistica e inquisitória fondata sul principio, schiettamente politico, dell’amico/nemico”². Segundo o autor peninsular, são características do Processo Penal do Inimigo a conotação partidária do acusador e do órgão jurisdicional e a transformação do Processo Penal em instrumento da luta contra a criminalidade organizada.

Nesse contexto, Hassemer (2004, p. 15-25, *passim*) aduz que os fenômenos da modernização e da globalização vêm ameaçando maciçamente as clássicas garantias do Processo Penal, sendo que as reformas processuais penais “concentram-se nas últimas décadas somente na fase de investigação, isto é, naquela parte do processo em que se trata de instrumentos de controle”.

² “Procedimento decisionista e inquisitorial fundado no princípio, essencialmente político, de amigo/inimigo”. (Tradução nossa).

Como já advertia Baratta (2001, p. 19), os mecanismos discriminatórios na administração dos direitos fundamentais a favor de cidadãos “respeitáveis” e a custa dos excluídos (imigrantes, desempregados, indigentes, toxicômanos, jovens marginais, etc.) condicionam uma redução da segurança jurídica que, por sua vez, alimenta o sentimento de insegurança da opinião pública. O resultado é uma forma de estilização seletiva das áreas de risco de violação dos direitos, em que a parte não está no todo, mas em lugar do todo ou, diretamente, contra o todo, entendido o todo como os direitos fundamentais de todas as pessoas.

O maior paradigma do Processo Penal do Inimigo é, na opinião de Malan (2006), a Ordem Militar Presidencial estadunidense de 13/11/2001, a qual versa sobre a “Detenção, Tratamento e Julgamento de Alguns Não-Cidadãos na Guerra contra o Terrorismo”.

Trata-se de ato normativo³, promulgado por força do notório atentado de 11 de setembro de 2001, ao qual podem ser submetidos indivíduos considerados suspeitos de qualquer tipo de envolvimento com o terrorismo, notadamente com a organização terrorista Al Qaeda, desde que seja considerado conveniente do ponto de vista dos interesses dos Estados Unidos da América.

Tal ato legislativo ressalva, expressamente, serem inaplicáveis aos suspeitos da prática de atos terroristas os princípios da lei e as regras probatórias do processo criminal ianque, não cabendo recurso por parte dos réus a qualquer tribunal civil, seja ele norte-americano, estrangeiro ou internacional.

Como visto, a Ordem Militar Presidencial outorga poderes praticamente ilimitados ao Secretário de Defesa: acumula o *poder legislativo* (ao criar órgãos jurisdicionais e normas processuais penais *ex post factum*), *executivo* (ao nomear todos os componentes dessas Comissões Militares e exercer as funções de autoridade penitenciária) e, finalmente, *judicial* (ao desempenhar o papel de instância revisora das decisões proferidas pelo primeiro grau de jurisdição), tornando tal Ordem “um ato absolutamente único, ante a

³ A severidade do ato pode ser avaliada também pelo fato de todos os indivíduos enquadrados no elástico conceito de terroristas são julgados por órgãos denominados Comissões Militares, cujos membros (juízes, acusadores e defensores) são diretamente nomeados pelo Secretário de Defesa estadunidense, dentre oficiais integrantes das Forças Armadas. Numa concentração absoluta de poderes, o Secretário de Defesa detém também competência legislativa, podendo editar ordens com vistas à regulamentação desse ato, quanto à matéria processual, havendo, ainda, a instituição de um reexame obrigatório de todas as decisões de mérito proferidas pelas Comissões Militares pelo próprio Presidente da República ou pelo Secretário de Defesa, caso designado por aquele.

clássica tripartição de Poderes e o seu sistema de freios e contrapesos, que caracterizam qualquer Estado Democrático de Direito”, como bem anota Bouchard (2004).

No mesmo diapasão, também merece ser lembrado como materialização do Direito Penal do Inimigo, o famigerado *USA Patriot Act* baixado pelo Governo Bush e aprovado pelo Senado dos Estados Unidos em 22.10.2001, logo após os ataques às torres gêmeas.

Dentre as muitas previsões contidas no extenso “Ato Patriótico”, destacam-se a elevação das penas nas ações de apoio a terroristas, crime que passou a ser considerado como federal, medidas rigorosas contra o bioterrorismo, contra imigrantes suspeitos de envolvimento em atos terroristas, controles mais amplos sobre a suspeita de lavagem de dinheiro e os bancos de fachada.

Dentre outras violações a direitos e garantias fundamentais, autorizou-se ao FBI, Polícia Federal dos EUA, a obter livre acesso a dados sigilosos, através das “cartas de segurança nacional”, as denominadas NSL’s, que atribuem a faculdade a tais agentes de vasculharem, sem qualquer autorização judicial, serviços telefônicos, bibliotecas públicas e internet, além da permissão de revista domiciliar, sem mandado de busca e apreensão, mesmo na ausência do proprietário ou locatário, escutas sem autorização judicial e a possibilidade de detenção sem mandado judicial, por tempo indeterminado, de suspeito de participar de atividades terroristas, e até mesmo de “testemunhas relevantes” seria válida para a legal e controvertida questão do combate ao terrorismo.

Conforme informa German (2010), diante da situação de choque e insegurança generalizada, apenas o senador democrata Russel Freingold teceu críticas públicas ao pacote antiterror, advertindo que a guerra contra o terror estará perdida, “sem dar-se um tiro sequer”, quando forem sacrificadas as liberdades dos cidadãos americanos.

A Organização das Nações Unidas (ONU), por sua vez, em Assembleia Geral realizada em 8 de setembro de 2006, na 99.^a Sessão Plenária, aprovou as seguintes estratégias contra o terrorismo: a) estabelecimento de sistema de assistência às vítimas de terrorismo e seus familiares; b) criação de base de dados sobre incidentes biológicos e melhoria dos sistemas de saúde pública dos Estados para assegurar que os avanços da biotecnologia não serão utilizados com fins terroristas; c) estudar meios para evitar o uso terrorista da Internet; d) modernizar os sistemas de controle de fronteiras e aduana e aumentar a segurança dos documentos de viagem, para prevenir a viagem de terroristas e a circulação de materiais ilícitos (ONU, 2010).

Na Europa, também se verificou um recrudescimento repressivo e normativo, bem como a intensificação da cooperação policial e de inteligência intergovernamentais visando ao controle e à contenção dos atos terroristas, com a criação da EUROJUST em 2002, quando se instituiu o Mandado de Captura Europeu, o Procurador-Geral Europeu e a definição comum e ampla de “terrorismo”.

Após os atentados de 11 de março de 2004, em Madri, conforme informação de Arturi (2010, p. 12), acelerou-se o processo de articulação policial, judiciária e de inteligência no seio da União Europeia com a criação da Agência Europeia de Informações (EUROINTEL), em 2004, que centralizou as atividades de inteligência em relação ao crime organizado, à imigração ilegal e ao terrorismo. Ainda em 2004, foi criada a Agência Europeia de Controle de Fronteiras (FRONTEX), agência europeia para controle das fronteiras do bloco e de contenção da imigração clandestina.

Com os atentados de 07 e 21 de julho, em Londres, ainda segundo dados colhidos por Arturi (2010, p. 14), passou-se a ter maior controle e armazenamento de mensagens via Internet e Telefonia na União Europeia, expulsão de estrangeiros “indesejáveis” e houve até mesmo a proposta de criação de Tribunais de Exceção na Inglaterra.

Vale ressaltar que a Alemanha de Jakobs, logo após os ataques de 11 de setembro, aprovou dois pacotes antiterror e mais de centena de alterações nas leis, dando primazia à segurança sobre a liberdade.

Comentando as novas leis de segurança na Alemanha, German (2010, p. 81) destaca que, apenas uma semana após os famigerados atentados, foi aprovada a busca policial sistemática preventiva (*Rasterfahndung*) em todo o território nacional.

Apesar do levantamento de cerca de seis milhões de dados, na Alemanha não foi encontrado nenhum terrorista, motivando, em maio de 2002, uma advertência da ex-presidenta do Supremo Tribunal Federal Constitucional alemão, Jutta Limbach, quanto ao perigo de uma ampla política de segurança interna, que levaria o cidadão comum a sentir pavor do poder do Estado.

Não obstante, a Lei Alemã de Segurança Aérea, de setembro de 2004 (§ 14.3), autorizava o abate de aeronave que pudesse ser utilizada para atentar contra vidas humanas, objeto de análise crítica de Santos (2009, p. 34), sobre o Estado de Direito *versus* Estado de Exceção.

Interessante consignar que o Tribunal Constitucional Alemão declarou inconstitucional a referida lei de segurança aérea, dentre outros fundamentos, pela sua incompatibilidade com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, jungido ao direito à vida, e por colidir com o Princípio da Proporcionalidade, na medida em que o Estado estava tratando igualmente os desiguais, ao atingir da mesma forma a vida de criminosos e pessoas completamente inocentes, como uma espécie de instrumentalização ou coisificação do ser humano.

Na Espanha, de acordo com o Committee of Experts on Terrorism (CODEXTER), (HUMAN, 2010), a luta contra o terrorismo representa uma das prioridades da agenda política do governo, tendo em vista que este país também tem sofrido as consequências dos fenômenos terroristas dos últimos anos, sobretudo após o ataque terrorista em Madri, ocorrido em 11 de março de 2004, conforme já aludido.

Nessa medida, a partir de 2004, observa-se, neste país, um recrudescimento da luta contra o terrorismo, tendo o governo espanhol empreendido diversas medidas antiterror, a saber: o “Plano Antiterrorista”, um verdadeiro plano de ação antiterrorista, para combater o terrorismo de uma forma mais efetiva; a criação do Centro Nacional de Coordenação Antiterrorista, também para o combate ao terrorismo; a estruturação da nova Diretoria Geral da Polícia Nacional e da Guarda Civil; o novo Centro de Inteligência contra o Crime Organizado, criado para ser responsável pela divisão de inteligência e estratégia contra o crime organizado.

Cabe salientar que, antes mesmo do atentado de 2004, a Espanha já vinha adotando medidas de combate e prevenção ao terrorismo, a exemplo da publicação em 2003 da “Lei de Prevenção e Bloqueio ao Financiamento do Terrorismo” que tem por objetivo prevenir qualquer tipo de financiamento a ações terroristas, como também combater e bloquear os canais financeiros do terrorismo.

No mesmo sentido, na Itália verifica-se uma mudança no cenário de combate ao terrorismo após o atentado de 11-9-2001 às torres gêmeas norte-americanas. Efetivamente, em 12 de outubro de 2001, fora editado o Decreto-Lei n.º 369 que previa “Urgentes medidas para a luta contra o financiamento do terrorismo internacional”, bem como o Decreto-Lei n.º 347, de 18 de outubro de 2001, cujo objetivo era a adoção de “Urgentes medidas para a luta contra o terrorismo internacional”, ambos convertidos nas Leis n.º 431 e 438, respectivamente, ainda no mesmo ano.

Já em 2005, a Lei n.º 155/2005 trouxe inovações para a legislação italiana antiterror, mediante a inserção de novos tipos penais e duras sanções.

Nessa medida, fora inserido no Código Penal italiano o art. 270, o qual definiu os atos cometidos por terroristas como aqueles que possam causar sérios desastres no país ou na organização internacional, praticados para intimidar pessoas ou autoridades públicas ou uma organização internacional, inibir condutas, ou, ainda, qualquer ato que vise desestabilizar ou destruir a política fundamental, constitucional, econômica e estrutura social do país ou organização internacional.

Fora alterado, ainda, o Código de Processo Penal com a criação de instrumentos procedimentais específicos para a persecução de tipos relacionados ao terrorismo, com a previsão de métodos invasivos de investigação, análogos aos postos em prática na luta contra a máfia e outras formas de crime organizado (HUMAN, 2010).

Em Portugal, o fenômeno se repete. Em 13 de junho de 2002, o espírito de combate ao terror desencadeou neste país alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal. Nesse diapasão, fora editada a “Lei de Combate ao Terrorismo”, cujo objeto é a previsão e a punição dos atos e organizações terroristas.

Voltando aos Estados Unidos, registre-se que, somente após cinco anos do atentado às torres gêmeas, a Suprema Corte dos EUA começou a reagir no tocante à contradição de se admitir o Processo Penal do Inimigo num Estado que se autoproclama Democrático e de Direito, ao decidir que também os suspeitos de terem praticado atos de terrorismo detidos pelo Governo devem ser tratados de acordo com a Convenção de Genebra, de 1949, sobre prisioneiros de guerra.

Veja-se o quanto se retrocedeu na história do Direito Penal e Processual Penal, a tal ponto que, aplicar as regras destinadas aos prisioneiros da Segunda Guerra Mundial, passou a ser uma garantia, uma “evolução”.

De qualquer sorte, o procedimento aplicável aos suspeitos da prática de terrorismo nos Estados Unidos da América, bem como em outros países ditos democráticos, como a Inglaterra (que também adota medidas excepcionais de detenção governamental por tempo indefinido de estrangeiros suspeitos de terrorismo) são casos paradigmáticos de Processo Penal do Inimigo, visando à neutralização do suposto perigo que esses indivíduos representam, através da supressão de diversas garantias fundamentais, ao lado do Processo

Penal do Cidadão, com todos os corolários lógicos da cláusula do “*due process of law*” aplicável a todos os demais cidadãos.

Ressalte-se, contudo, que o atual Presidente dos EUA, Barak Obama, prometeu fechar a prisão na Baía de Guantánamo, em Cuba, todavia, já finalizando o Governo, ainda não o fez.

No entanto, em entrevista nas “páginas amarelas” da Revista Veja (2010), o Secretário de Justiça dos EUA, Eric Holder, garantiu que, embora não tenham cumprido o prazo, a prisão de Guantánamo será fechada, argumentando que Guantánamo não tem ajudado na guerra contra a Al Qaeda. Pelo contrário, virou um símbolo que favorece o recrutamento dos terroristas.

Assegura o Secretário de Justiça americano que, mesmo ainda não tendo sido fechada a famigerada prisão, o sistema das comissões militares foi completamente reformulado no Governo do Presidente Obama, sobretudo no tocante “à forma como os advogados de defesa eram escolhidos, ao uso de informações sem provas materiais, às técnicas usadas para extrair informações dos interrogados”, concluindo, de forma enfática, que “As comissões militares, agora, estão em harmonia com o que há de melhor no sistema jurídico americano.”

A polêmica entrevista afigura-se de grande valor para a discussão do tema, objeto do presente trabalho, pela alvissareira novidade de, desde os atentados de 11 de setembro de 2001, uma autoridade do Governo americano defender o respeito à lei como uma “questão essencial e inegociável”, mesmo para os “inimigos”, que deverão ser julgados de acordo com o sistema jurídico americano já existente.

Eric Holder propõe seja Khalid Sheikh Mohammed, tido como gerente operacional dos atentados de 11 de setembro, após ter sido submetido 183 vezes à simulação de afogamento ao ser interrogado pela CIA, julgado por um tribunal civil em Manhattan, perto de onde ficavam as torres gêmeas.

Diante de tantas resistências da oposição, e até de setores da Casa Branca, Holder admite desistir do julgamento na Justiça Civil, mas não de um procedimento justo, como no Tribunal de Nuremberg, para que fique como exemplo na história de que os EUA agiram com Justiça, em conformidade com os valores próprios do que há de melhor no seu sistema jurídico. Reconhece, contudo, as dificuldades que terá de enfrentar: “Não é fácil fazê-lo. Nuremberg aconteceu depois do fim da II Guerra. Nós estamos no meio de

uma guerra contra o terrorismo. **Mas acredito que é no calor da batalha que mostramos se realmente somos fiéis aos nossos valores.**” (grifos nossos).

Na terminologia de Jakobs, o atual Secretário de Justiça americano repudia o “Direito Penal do Inimigo”, mesmo para os terroristas acusados do pior ataque terrorista da história americana, defendendo a aplicação de um único sistema jurídico, o “Direito Penal do Cidadão” para todos os acusados.

No Brasil, não houve uma repercussão direta no que diz respeito especificamente ao terrorismo em razão dos atentados de 11 de setembro de 2001 porque o tratamento dispensado ao “inimigo” no Brasil tem um âmbito mais difuso que já precedia a esses fatos.

Vale consignar, contudo, a elaboração de Projeto de Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito, acrescentando um Título XII, à Parte Especial do Código Penal, e revogando a Lei de Segurança Nacional, submetido pelo Ministro de Estado da Justiça, Miguel Reale Júnior, à apreciação da Presidência da República em abril de 2002.

No referido projeto, foi criada a figura típica de Terrorismo (art. 371) dentro do Capítulo III, que tratava “Dos Crimes Contra o Funcionamento das Instituições Democráticas e dos Serviços Essenciais”, *in verbis*:

Terrorismo

Art. 371. Praticar, por motivo de facciosismo político ou religioso, com o fim de infundir terror, ato de:

I - devastar, saquear, explodir bombas, seqüestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, causando perigo efetivo ou dano a pessoas ou bens; ou

II - apoderar-se ou exercer o controle, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, de meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população:

Pena – reclusão, de dois a dez anos.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem pratica as condutas previstas neste artigo, mediante acréscimo, supressão ou modificação de dados, ou por qualquer outro meio interfere em sistemas de informação ou programas de informática.

[...]

Lamentavelmente, a mencionada proposta legislativa foi logo abandonada, não obstante sua importância histórica, não tendo sido até hoje convertida em lei.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ARTURI, Carlos S. Cooperação interestatal face aos movimentos de contestação internacional: a tensão entre controle democrático e segurança interna na União Europeia. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/nerint/folder/pesquisas/pesq5.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2010.

BARATTA, Alessandro. El concepto actual de seguridad en Europa. **Revista Catalana de Seguridad Pública (RCSP)**, n. 8, p. 19, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en matéria de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-Americanos de Ciências Penais, ano 3, n. 5, p. 151-168, jan.-abr. 2002.

CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política criminal contemporânea e a questão do direito penal do inimigo.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Emergência penale e crisi della giurisdizione. Dei delitti e delle pene. **Bari**, n. 2, p. 271-292, mar./ago. 1984.

GERMAN, Christiano. As novas leis de segurança na Alemanha e nos Estados Unidos: os efeitos para a comunicação local e global. *Revista Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Brasília, n. 19, p. 78- 84, out/dez. 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5493-5485-1-PB.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2010.

HASSEMER, Winfried. **Processo penal e direitos fundamentais: jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2004.

HUMAN RIGHTS AND RULE OF LAW. Council of Europe. Committee of Experts on Terrorism (CODEXTER). Disponível em: <<http://www.coe.int/gmt>>. Acesso em: 2 maio 2010.

JAKOBS, Günther. **A autocompreensão da ciência penal diante dos desafios da atualidade.** [s.n. t.], p. 106.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Tradução de Enrique Peñaranda Ramos. In: JAKOBS, Günther. **Estúdios de derecho penal.** Madrid: Civitas, 1997. p. 293-323. Título original: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgustverletzung.*

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo.** Madrid: Civitas, 2003, p. 19-56.

JAKOBS, Günter. **Derecho penal:** parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do inimigo? Uma análise acerca das condições da legalidade. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de (Org.). **Direito penal do inimigo.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

JAKOBS, Günther. Terroristas como sujeitos de direito? In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de (Org.). **Direito penal do inimigo.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo:** noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas:** lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, da Universidad Iberoamericana. México: Antropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Low as a social system.** Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004. Título original: *Das Recht der Gesellschaft.*

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. 1. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 14, n.º 59, p. 223-259, mar./abr. 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Penais – RBCCRIM**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 18, n. 83, mar.-abr./2010, p. 113.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comité Contra el Terrorismo. La estrategia mundial de las Naciones Unidas contra el terrorismo. Disponível em: <<http://www.un.org/es/sc/ctc/action.html>>. Acesso em: 2 maio 2010.

REVISTA VEJA. São Paulo, Ed. Abril, edição 2.156, ano 43, n.º 11, 17 de março de 2010.

SANTOS, Ademário Cesário dos. **Direito penal do inimigo e culpa jurídico-penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

SHIMITT, Carl. **O conceito do político**: Teoria do Partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, 11).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Los indeseados como enemigos. Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología, n. 09-01, p. 1:1-01:18, 2007. Disponível em: <<http://www.criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>>. 12 maio 2010.

SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. **Reflexiones sobre las bases de la política criminal**: el nuevo código penal - presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Trío López. Granada: [s. n.], 1999.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo em el derecho penal**. Segunda reimpressão. Buenos Aires: Ediar, 2009.

Submissão em: junho de 2010
Pareceres favoráveis em: novembro de 2010

O Princípio da Igualdade

ERIK FREDERICO GRAMSTRUP*

* Mestre em Direito (PUC/SP). Professor da PUC/SP - Juiz Federal da 3.^a Região.

É certo que o encerramento do que seja a igualdade em fórmula concisa – se tal proeza for possível – interessa antes à Filosofia Política, mas não o é menos que os resultados tenham influência profunda e poderosa na inteligência do direito positivo, que se apropriou do vocábulo. O pretexto de pureza metodológica, portanto, não serve de escusa para fugir a um exame, ainda que sumário, das diferentes acepções, embora se dando preferência àquelas incorporadas pelos jusfilósofos e pelos publicistas.

De especial interesse para o Direito é a distinção da igualdade **perante a norma e na norma** (tomando-se aqui em sentido restrito, como sinônimo de regra ou preceito)¹. No primeiro caso, tem-se tratamento igual se o paradigma é respeitado, imparcialmente, pelo aplicador (quer dizer, a própria norma é o parâmetro de igualdade, efetivamente atuado). O segundo é mais problemático: será possível determinar se uma norma é, *em si*, igualitária? O tema é exemplo do influxo omnipresente de Aristóteles², que concebeu os seguintes significados:

(a) igualdade numérica ou absoluta (tudo igual para todos): seria a distribuição de benefícios e ônus, em partes idênticas, a todos, criticável do ponto de vista da inverificabilidade.

¹ Refletindo sobre o mesmo tema aqui tratado, Lôbo (2009, p. 23) distingue: “igualdade de todos perante a lei, a saber, a clássica liberdade formal [...]” da “igualdade de todos na lei, amplificando o alcance, para vedar discriminação na própria lei [...]”.

² “A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção” (ARISTÓTELES, 2002, p. 236). “É evidente, pois, que a comunidade civil mais perfeita é a que existe entre os cidadãos de uma condição média, e que não pode haver Estados bem administrados fora daqueles nos quais a classe média é numerosa e mais forte que todas as outras ou pelo menos mais forte que cada uma delas; porque ela pode fazer pender a balança em favor do partido ao qual se une e, por esse meio, impedir que uma ou outra obtenha superioridade sensível. Assim, é uma grande felicidade que os cidadãos só possuam uma fortuna média, suficiente para as suas necessidades.” (ARISTÓTELES, 2002, p. 253).

Não há notícia de Sociedade que não tenha efetuado alguma espécie de discriminação (nem de normas que assim não procedam: portanto, toda regra de distribuição seria desigualitária). Mas, esta concepção tem alguma relação com a promessa feita nas declarações de direitos fundamentais, que, pelo menos em aparência, atribuiriam-nos equanimemente a todos;

- (b) igualdade *proporcional* (ou *proporcional-quantitativa*: a cada qual e de cada qual segundo certas características de grau variável)³: é a atribuição de benefícios maiores aos mais necessitados e ônus progressivos aos mais aquinhoados. A aplicação deste princípio depende da existência de uma regra de distribuição, cujo critério de materialização mais ou menos intensa a determine. Mas, neste caso, toda norma geral seria igualitária, por conter na hipótese elemento descritivo que serve de pauta à intensidade da distribuição;
- (c) igualdade *proporcional pelo mérito* (a cada qual segundo seu merecimento)⁴: é uma variante da anterior, mas se tomando como característica decisiva o mérito individual relativo. O problema está na subjetividade da avaliação do mérito pessoal (é mais fácil determinar o valor relativo de coisas do que de pessoas), a reclamar a intermediação de critérios definidores, com o que, mais uma vez se reduz este caso ao da igualdade proporcional geral;
- (d) igualdade *pelos partes iguais* ou *proporcional-qualitativa* (o igual aos iguais e o desigual aos desiguais)⁵: se tomado nesta pureza, resultaria, de novo, em que toda norma fosse igualitária, pois esta atribui ou exige conforme o atributo que designa como relevante, para identificar semelhança ou diferença.

Como se viu, a igualdade *perante a norma* poderia, em tese, ser atendida mediante qualquer das concepções elencadas, mas não a igualdade *na norma*, posto que no

³ “Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (a) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e (b) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos.” (ARISTÓTELES, 2009, p. 324).

⁴ “A aristocracia consiste essencialmente na repartição dos cargos de um modo proporcional à virtude, porque o característico próprio da aristocracia é a virtude, como o da oligarquia é a riqueza, e o da democracia a liberdade.” (ARISTÓTELES, 2002, p. 245)

⁵ Conforme Félix Oppenheim, no verbete “Igualdade”, In: Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1998, p. 600, “atualmente, a versão mais comum da igualdade proporcional é a seguinte: uma regra de distribuição é igualitária se, e apenas se, as diferenças na distribuição correspondem a diferenças relevantes das características pessoais; por outras palavras, se a característica especificada é relevante em relação ao gênero de benefícios ou encargos a distribuir.”.

caso (a) ela é desnecessária e nos demais casos a aplicação do princípio reclamaria a intermediação de uma regra de distribuição. De modo que toda norma, enquanto condição *sine qua non* de realização do princípio, seria igualitária (sob certo ponto de vista). Vale dizer, se a igualdade pode se predicar ou não *da norma*, as definições (b), (c) e (d) não ajudariam a responder. Tornar-se-á esta aporia.

Diante deste fracasso, poder-se-ia intentar, com Oppenheim (in: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 602), uma conceituação em termos mínimos, o que se poderia chamar de (e) *igualdade de nivelamento*. Dado que a regra (a) é inviável, aceita-se a existência de diferenças e, supondo-se que a distribuição inicial é desigual, procura-se uma regra de redistribuição que, em relação ao estado anterior de coisas, tem resultado igualitário. Assim seria, por exemplo, a regra que garantisse um nível mínimo de renda (e.1 – nivelamento de riqueza) ou acesso a certos cargos ou posições (e.2 – nivelamento de oportunidades). Análoga a estas seria a regra que reconhecesse um mínimo de necessidades (e.3 – nivelamento pela satisfação de necessidades fundamentais). O mote de Marx e Engels (*a cada qual segundo sua necessidade*) implicaria numa radicalização de (e.3), por não reconhecer um mínimo comum, tão-só necessidades individuais e irrepetíveis. Por outro lado, o aforisma *a cada qual segundo sua capacidade* seria um complemento de (e): uma vez atingido o nivelamento mínimo, estabelecer-se-ia a livre competição entre indivíduos. Trata-se de uma variante de (c), que se pretende mais objetiva porque teria em vista habilidades específicas.

Interessante é que nem sempre a igualdade, no pensamento ocidental, surge como valor positivo. Se em Rousseau vincula-se a um estágio primitivo de felicidade⁶, que se há de recuperar pelo pacto social, em Hobbes⁷ liga-se a uma condição miserável e odiosa.

⁶ “É fácil de ver, com efeito, que entre as diferenças que distinguem os homens, consideradas naturais, são unicamente obra do hábito e dos vários gêneros de vida que os homens adotam em sociedade.” (ROUSSEAU, 1991, p. 82).

⁷ “A Natureza fez os homens tão iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para qualquer um que possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele.” (HOBBS, 2009, p. 107); “Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos.” (HOBBS, 2009, p. 108); “Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.” (HOBBS, 2009, p. 109); “E dado que a condição do homem [...] é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que se possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros.” (HOBBS, 2009, p. 113).

O *bellum omnium contra omnes* é possível porque os homens, igualmente livres, prevenirão seu estado de insegurança pela iniciativa da agressão. Em todo caso, a hipótese é a de igualdade no estado de natureza.

O tema que se ocupa, no presente exto, é discutido na importante investigação de Kelsen sobre “O Problema da Justiça”. Seu pressuposto metodológico é o de rígida separação do mundo do ser e do dever-ser. Uma disciplina que se pretenda científica deve analisar um destes âmbitos ontológicos sem confusão e sem a emissão de juízos de valor. Admita-se, portanto, a investigação sobre as diversas idéias da justiça, sem se decidir por alguma delas. A justiça é uma qualidade que se pode atribuir a indivíduos ou a sua conduta social, segundo sua adequação com uma norma. As condutas (ser), portanto, são justas por referência a uma norma de justiça (dever-ser), mas seria um contra-senso predicar o mesmo desta norma. Isto só seria possível mediante o confronto com uma norma ideal de justiça (dever-ser), mas, se resultasse colisão, então uma das adversárias não seria válida (quer dizer, não seria norma porque, para Kelsen, a validade é seu modo de existência), porque tem idêntico estatuto ontológico. Observar que o Direito Positivo vale, enquanto harmônico com uma norma de Direito Natural, significa concluir que não pode ser injusto, mas também que não pode ser justo (em ambos os casos, o que vale é a norma de justiça ideal; e só). Abstrair disto, conclui o mestre de Praga, é o princípio do positivismo jurídico. Em outros termos: “a validade de uma norma não pode ser fundamentada sobre um fato da ordem do ser”. Um dos aspectos que a justiça pode tomar – e, como se frisa, a ciência não o pode indicar como preferível, pois as valorações são proibidas – é o da igualdade. Expressão dela é a norma “todos os homens devem ser tratados por igual”, que não exprime a absurda ilação de que todos sejam iguais, mas que as desigualdades de fato são irrelevantes para o tratamento dos homens. No extremo oposto, o princípio de que cada caso particular deva ser tratado como tal (é o ideal da plena flexibilidade do Direito; a Justiça do caso concreto).

A norma de Justiça pela qual todos devem ser tratados de forma igual nada diz sobre o conteúdo desse tratamento; aplicada a qualquer que fosse, conduziria a conseqüências absurdas. “por isso – prossegue Kelsen – o princípio, plenamente formulado, diz: ‘quando os indivíduos são iguais – mais rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais – devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente’.”. Mas, este não é, de forma alguma, um princípio de igualdade, porque postula, ademais de um tratamento igual, um desigual. Segundo: supõe uma norma de igualdade, que defina as qualidades em relação às quais as desigualdades serão levadas em conta. Assim sendo, a exigência de trato diverso é de lógica e não de Justiça: deve-se ao caráter geral de uma

norma que prescreve que, para determinado pressuposto, deve ser uma determinada consequência. Terceiro: é possível que uma norma seja aplicada a um só caso, enquanto que o conceito “igual”, sendo de relação, exige pelo menos dois fatos ou situações. Em conclusão: a justiça não é igualdade (KELSEN, 2003, p. 51-62, *passim*).

Por caminhos diversos, Kelsen aponta para os resultados dos que já se ocupou neste texto. A igualdade da proposição (*a*) é inviável, enquanto que a da proposição (*d*) é mera explicitação do vínculo deontico entre antecedente e consequente. Assim, se não faria sentido dizer da Justiça de uma norma, também não faria reputá-la igualitária.

Outra conclusão pessimista deriva do fato de que Kelsen aborda também os outros enunciados que referidos (chamando-os de diferentes normas de justiça racional), para aduzir que estão necessariamente em conflito uns com os outros: “[...] um conceito geral de justiça apenas pode ser algo de completamente vazio.”.

Não obstante, a tentativa de estipular um conceito formal foi levada a efeito por Perelman (2002, p. 9). Desta vez, a premissa metodológica é a de que as disciplinas filosóficas não logram a mesma precisão das científicas, porque operam com termos de coloração emotiva. O acoplamento do sentido emotivo faz com que se confira um valor ao que é definido, impossibilitando acordos sobre as noções fundamentais. Daí o intento de retirar este defeito da noção de justiça, “a mais irremediavelmente confusa”, porque se confunde com o valor da moralidade inteira. Neste ponto, é bom esclarecer que se debruça, novamente, sobre o problema da Justiça porque as enunciações mais correntes, catalogadas pelo notável professor belga (e chamadas por ele de justiça concreta), são todas correspectivas da igualdade, a saber:

1. *A cada qual a mesma coisa.*
2. *A cada qual segundo seus méritos.*
3. *A cada qual segundo suas obras.*
4. *A cada qual segundo suas necessidades.*
5. *A cada qual segundo sua posição.*
6. *A cada qual segundo o que a lei lhe atribui.*

Diante deste rol, prossegue Perelman, três atitudes são possíveis. Pode-se declarar que não há absolutamente nada em comum. Isto conduziria à segunda atitude, a de escolher uma única admissível. Por fim, pode-se pesquisar o elemento comum que torne realizável um acordo unânime. Isto se logra adotando-se um elemento indeterminado, semelhante às variáveis da Matemática. Nenhum dos enunciados se opõe ao fato de que justo seja

tratar de forma igual os seres que são iguais a respeito de certa característica essencial. Portanto, define-se a Justiça formal ou abstrata como “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma.”. Assim, tem-se a distinção com as fórmulas de Justiça concreta, que representam diferentes cosmovisões (cuja escala de valores modifica-se no tempo) e são as únicas a partir das quais se pode dizer do direito “injusto” (contra Kelsen). O Direito Positivo só não pode entrar em conflito com a Justiça formal.

Percebe-se, facilmente, que se chegou a, pelo menos, dois resultados contrastantes. Kelsen nega qualquer relação da justiça com a igualdade (enquanto que Perelman faz desta o elemento invariável daquela), mas isto porque só admite o uso da última expressão no caso mais extremado e radical (*a*), cuja falta de operacionalidade ninguém nega. Se for concedido que, ao lado daquela igualdade absoluta, possa-se cogitar de igualdades relativas, a disputa mostraria seu caráter verbal. O emprego universal da expressão assim admite, de modo que a decisão de restringi-lo à igualdade absoluta resulta arbitrária. Para Kelsen (2003), ainda, não seria possível qualificar a norma jurídica de igualitária ou não, porque ela é necessária para precisar o que Perelman chama de “categoria essencial”, em função da qual haverá ou não trato uniforme. O último autor pensa o contrário; só não se pode estabelecer tal juízo de valor a partir da noção formal de Justiça. De novo, esta solução é mais equilibrada. Se uma norma de Direito Positivo distribuir posições conforme a produtividade, um partidário da igualdade-mérito poderá sustentar sua justiça, enquanto que o defensor da igualdade-necessidade terá argumentos em contrário. Voltando ao problema que se deixou em aberto: toda norma é igualitária relativamente à característica essencial que adota na hipótese, mas pode ser criticada sob o ponto de vista dos princípios de Justiça concreta que ignore. Realmente, só não seria viável desenvolver estes argumentos a partir da conceituação puramente formal.

Há desenvolvimento semelhante de premissas na obra de Ross (1994, p. 333-339). Parte da constatação de que a uniformidade perfeita não possa ser o que se entende geralmente por Justiça. A exigência de igualdade há de ser compreendida em sentido relativo, como exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira. Deve haver algum critério relevante para determinar o que se há de se considerar como igual, em relação aos membros de uma classe. Depois de apreciar as pautas de valoração expostas por Perelman⁸, conclui que o ideal de igualdade significa, simplesmente, a aplicação de uma regra geral. Qualquer que seja o conteúdo desta, a exigência de racionalidade resulta

⁸ “a cada uno según su mérito [...] a cada uno según su contribución [...] a cada uno según sus necesidades [...] a cada cual según su capacidad [...] a cada uno según su rango y condición.” (PERELMAN, 2002, p. 335).

satisfeita, segundo um critério material pressuposto. As palavras “justa” e “injusta” só se aplicam para caracterizar uma decisão que observe o critério de regularidade, mas não uma regra geral ou uma ordem. Nesta última hipótese, expressariam significado emotivo: dizer que se está contra uma regra por ser injusta é o mesmo que asseverar que é injusta porque se está contra a própria. Tais palavras contêm persuasão, não argumento. Impossibilitam qualquer discussão racional. Conduzem à intolerância e ao conflito, porque incitam a crença de que a demanda própria não é a expressão de certo interesse, mas que possui uma validade superior, de cunho absoluto. Deve-se pôr de lado qualquer postulado material em nome da justiça. Ross (1994) admite, porém, que esta arma ideológica seja, no mais das vezes, fruto de ilusão, facilitada pelo estímulo das glândulas supra-renais (!). Quanto ao Direito Positivo, concede que há algum sentido quando se determina ao legislador observar a igualdade, não obstante exigências tais como sexo e raça. Mas, carece de senso proibir distinções com fulcro em características consideradas “irrelevantes”; ou indicar a igualdade abstrata como guia do exercício da discricionariedade administrativa; ou predicá-la dos Estados, no Direito Internacional; ou ainda a invocar para excluir indenização pelas restrições de propriedades “do mesmo tipo”. Se se diz, outrossim, que as características distintivas têm de estar “bem fundadas” ou devam ser “razoáveis”, substitui-se a idéia de igualdade por uma referência ao que se considera justo segundo uma opinião subjetiva ou emocional. “Tal principio no es un principio auténtico, sino el abandono de todo intento de análisis racional” (PERELMAN, 2002, 353), arremata.

A severidade e o sarcasmo de Ross (1994) talvez impeçam o leitor apressado de averiguar que, afinal de contas, não exclui toda possibilidade de discussão a partir dos critérios que se sucedem, em menor grau de abstração, ao de justiça puramente formal. Antes de abandonar-se à ira, admite que “el valor de estas reglas, obviamente, no está por encima de toda discusión; ellas deben ser justificadas a la luz de sus consecuencias prácticas.”. Se for assim, porém, entende-se que a racionalidade possa intervir e o debate possa ser mais do que um conjunto de reações fisiológicas⁹, ou, como diz o autor, um golpe sobre a mesa. Precisamente, pelos efeitos sociais que possam gerar, é viável um compromisso refletido sobre a incidência casuística da igualdade-necessidade; igualdade-mérito; igualdade-capacidade, etc.

Encontra-se concepção isonômico-política em Johannes Messner. A par da natureza comum, os homens ostentam notórias desigualdades individuais que os tornam entes complementares, de onde a cooperação social. A igualdade social, ideal só desenvolvido

⁹ “es muy fácil creer en las ilusiones que excitan la emoción estimulando las glándulas suprarrenales.” (ROSS, 1994, p. 340).

em período histórico recente, excede, de longe, a liberdade jurídico-formal do liberalismo clássico e a igualdade mecanicista do socialismo, que tende a defini-la como mero problema de distribuição. Ambas tratam de uma sociedade de massas, fazendo abstração das individualidades como personalidades conscientes de suas responsabilidades e dispostas a progredir. O conceito do professor de Viena engloba, além daqueles aspectos, “[...] a igualdade de todos os membros da sociedade no sentido de todos participarem da responsabilidade e decisões a serem tomadas pela administração da comunidade, que assegura a consecução dos fins do bem-comum [...]” (MESSNER, 1960, p. 432-436), cujo título seria, mais propriamente, “O direito natural (*Das Naturrecht*)”.

É de bom aviso, neste ponto, que todo este debate não importa no exercício de um academicismo estéril; pode ser transcrito em termos dogmático-jurídicos. Já se teve ocasião de assinalar que as diversas Cartas Constitucionais apropriam-se da idéia igualitária absoluta ao garantir certos direitos fundamentais (como a vida, liberdade, segurança, etc.). A par disto preconizam a chamada igualdade formal, que consiste numa combinação do que se chama de igualdade perante a lei com a vedação expressa de certas discriminações (pelo sexo, origem, cor, crença, etc.). Todavia, vê-se diante da aporia de que legislar significa discriminar ou produzir recortes na realidade, atribuindo a cada setor um tratamento específico.

Daí, em primeiro lugar, certa atitude de desconfiança com as leis que provejam casos particulares. No Estado de Direito, a lei há de ser, pelo menos em regra, geral. Em segundo, vem a preocupação de que o legislador possa se pautar por critérios diferenciais odiosos, o que só parcialmente é resolvido pelas proibições a que se alude. Daí, o tema da igualdade na lei, que prossegue ocupando os juristas de maior nomeada. Um deles, até, identificou-o com o próprio conteúdo jurídico do princípio (tornar-se-á a isto). Cumpre haver racionalidade nas discrepâncias – certa consistência entre a discriminação e os fins que se visam lograr. Nos ordenamentos jurídicos que preservaram a ordem econômica descentralizada (isto é, de mercado), todavia, todos estes esforços resultaram insuficientes. Origina-se aqui a pretensão de o Estado formular políticas de resultado igualitário, o que põe em questão todos os tópicos que discutimos (regras de atribuição pela capacidade, necessidade, nivelamento, etc.). Notadamente, a se aceitar a idéia de bem-comum como o conjunto de condições necessário ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, adveio a questão social e o senso de igualdade substancial.

Ocorre que a ênfase neste sentido, acompanhada da concepção da lei como instrumento do Estado do Bem-Estar, exponencia as distinções e coloca-se em tensão dialética com a própria igualdade formal. Os notáveis, novamente, debruçam-se sobre este problema:

logo serão mencionados. Por último, estes problemas repercutem na esfera de aplicação da lei. Obviamente, o princípio será frustrado se o juiz for exageradamente sensível às circunstâncias da causa particular, por isto que a equidade vê-se em contradição com o ideal de segurança jurídica. Um arguto observador dos ordenamentos da família romano-germânica chega a falar, mesmo, num sentimento geral de ansiedade em torno do tema da segurança¹⁰.

Volte-se, porém, ao que se deixou em aberto. A preocupação com o esfacelamento da igualdade em sentido formal e seus reflexos no ordenamento infraconstitucional é manifestada assim:

A politização da lei abala o princípio de igualdade.

Este, se, no Estado de Bem-Estar, aparentemente redobra de prestígio, no fundo se desvaloriza. Com efeito, no desiderato oficialmente declarado de estabelecer uma igualdade “real” entre os homens e grupos, num tratamento diferenciado em razão de suas condições peculiares, multiplicam-se as distinções.

Ocorre, então, “um recuo da generalidade da lei”, como sublinha Terré. E chega a produzir-se um “*éclatement*” do direito comum. De fato, este se reduz ao campo restrito enquanto se multiplicam os direitos “especiais”.

[...]

Por outro lado, esse direito “igualizador” não raro se torna um direito de privilegiamento. Sim, porque a razão justificadora da distinção não é freqüentemente uma diferença real, ou a diferenciação não obedece à relação entre meio e fim que a poderia justificar. Costuma ser ditada, ou deformada, em decorrência de cogitações exclusivamente políticas (FERREIRA FILHO, 2007, p. 59-60).

Complementando isto, nas palavras de Hesse, “se o conteúdo do princípio da igualdade, na prática judicial, é convertido em negativo e entendido como proibição de diferenciação não-objetiva ou de tratamento arbitrário, então tais fórmulas são [...] adequadas para reduzir o alcance material do princípio.” (HESSE, 1998, p. 168).

A outra dificuldade que se deixou pendente é abordada pelo conhecido ensaio de Mello (1978). O preceito magno é dirigido tanto ao aplicador quanto ao próprio legislador. A lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições (o que para Ross, como se viu, é uma

¹⁰ “La literatura de la tradición del derecho civil hace gran hincapié en la importancia de la certeza del derecho. Por supuesto, la certeza es uno de los objetivos de todos los sistemas legales, pero en la tradición del derecho civil ha llegado a ser una especie de valor supremo, un dogma indiscutible, una meta fundamental (MERRYMAN, 1989, p. 96).

locução vazia). Estes enunciados, aliás, ressentem-se de excessiva generalidade, bem como aquele de Aristóteles (2002). A pergunta, portanto, é: quem são os iguais e os desiguais? Qual o critério de distinção legitimamente manipulável? Torna-se tanto mais relevante à medida que se constata que a lei procede por discriminações. Pode-se servir de quaisquer matrizes, inclusive aquelas vedadas nas Constituições (do contrário, não haveria “polícia feminina”). Basta que exista “um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial escolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. Assim: 1) quanto ao **fator de discriminação**, transgride a igualdade a norma: 1.1) que individualiza o sujeito no presente e definitivamente (a que se refere a sujeito único atual, determinado ou determinável e a que for concreta e, simultaneamente, individual); 1.2) que adota fator alheio (não residente) às coisas, sujeitos ou situações, como o tempo tomado enquanto tal; 2) quanto à **correlação lógica** entre o **fator** de *discrīmen* e a **desequiparação** procedida: é ela que determina a “racionalidade” da discriminação (mas, se assume que está condicionada a concepções de época); 3) a mesma correlação deve guardar congruência com os valores constitucionalmente protegidos; 4) por fim, a desequiparação deve ser “assumida” pela norma (há de ser um efeito desejado por ela). Sem embargo da afeição e extremo respeito que se tem pelo ilustre publicista, nota-se que suas conclusões, conquanto excelentes guias para decidir um grande número de casos, deixam alguns de fora. A ilegitimidade do fator discriminatório individualizador atual e definitivo do destinatário criaria empeco para a lei que concedesse pensão especial a “x”, por ser viúva de “y”. Quanto ao fator tempo *em si*, já foi adotado, com o *placet* da Suprema Corte brasileira, para fins de isenção do Imposto de Importação (a data da expedição da declaração de importação). Os critérios diferenciais, dependendo da concepção que se tenha sobre a linguagem, jamais residiriam nas coisas, teriam antes modo de ser especificamente conceitual. Os valores constitucionalmente positivados normalmente estão em tensão dialética, de modo que possa haver dúvida acerca de eventual contraste com o trato diferenciador prescrito. Por derradeiro, será difícil indagar a um ente inanimado se “desejou” ou não certa desigualação, o que abre uma questão de hermenêutica, incorrendo-se nas inexoráveis subjetividades.

A título de confrontar liberdade e igualdade, o assunto foi abordado por Teixeira¹¹ (1991, p. 726-742). Seu ponto de partida é a afirmação da igualdade de essência dos homens, à qual se soma a desigualdade individual e social. Diante disto, o Estado pode comportar-se

¹¹ A presente crítica, é de prudência notar, não macula em nada a autoridade do eminente Professor da PUC, cujo texto era intencionalmente elementar.

de três maneiras. “Tratará igualmente a todos os indivíduos e a todas as situações”, se for “liberal-individualista”. À luz do que se estudou até aqui, ousa-se discordar do Mestre de tantas gerações. Certamente, o que quer dizer é que se fará pouco caso das desigualdades econômicas, mas nem o Estado Liberal propugnou absoluta igualdade, porque, como se viu, restaria impraticável. A segunda atitude seria a de promover “a igualdade social absoluta, criando, por exemplo, a sociedade sem classes, sem desigualdades”. De novo, deve-se assinalar que desapareceriam, apenas, as próprias classes, resultando confuso chamar esta igualdade de “absoluta”.

Entre esses extremos, uma terceira posição distinguiria as “desigualdades legítimas e desigualdades ilegítimas”, expressões cuja vacuidade já se teve ocasião de verificar. Mas, o notável Professor especifica que se trataria da “igualdade jurídica proporcional às categorias e situações sociais”, isto é, um conceito “orgânico-personalista”, que “exige seja cada um tratado de acordo com o que é” e a reclamar “estatutos jurídicos distintos, diferenciais, ou mesmo preferenciais”. Exemplifica a não-rigidez do princípio em matéria tributária, de nacionalidade, de religião, de direitos políticos, de acesso a cargos públicos, de auxílio e subvenções, para inferir que se especializa “em círculos ou categorias especiais de normas jurídicas”. Dirige-se, ademais, tanto à lei feita quanto à lei *in fieri*; bem como aos três poderes e em benefício de todos os indivíduos. Finalmente, chega-se a que a igualdade seja a “medida da liberdade”. Eis um exemplo do que se poderia batizar de aproximação retórica. Se não se avança além do que disse Aristóteles – há 2.300 anos – do tratamento dessemelhante dos desiguais, pouco adianta indicar a abrangência do princípio. Tanto faz a que ou a quem se aplica um sem-sentido. O que se procede é a exaustiva repetição, em várias nuances, de que o tratamento unívoco não é viável em toda circunstância, o que nada acrescenta em termos teóricos.

Menor profundidade encontrar-se-á nas análises puramente dogmático-jurídicas. Martines (2007, p. 631-635), comentando o art. 3.º da Constituição italiana, nota que a “egualianza formale” tem por alvo os “cittadini”, os “stranieri” e “apolidi” (contra a literalidade do texto, invoca uma *communis opinio*). A “*pari dignità sociale*” está a designar a ausência de distinções por pertinência a uma classe social (que as Constituições Liberais nunca fizeram; eram antes um corolário do sistema), em República fundada “sul lavoro”. Identifica aí a “*egualianza davanti alla legge*” (na verdade, o programa de extinção de classes seria bem mais ambicioso), mas sendo seu significado também a impossibilidade de discriminações de sexo, raça, língua, religião (o que é impróprio como dedução: estas não se seguem logicamente da primeira; decorrem, sim, da literalidade do texto constitucional – mesmo assim, já se viu que podem ser ultrapassadas, em casos-limite). Mas, não que

haja “assoluta parità di trattamento”, porque, se assim fosse, o princípio “contraddirebbe se stesso” (esta é a única inferência formalmente correta, mas nada aduz ao que um leigo, com alguma reflexão, perceberia). Quanto às “situazioni di fatto diverse da quelle espresamente indicate”, por “ragioni storico-politiche”, a lei “può operare discriminazioni”. Os destinatários, para além do legislador, são os “amministratori” e os “giudici” (como se viu, isto pouco os auxilia, pois necessitarão de pautas de regularidade que só poderão advir da lei). O art. 3.º que Martines comenta abrange também a “egualianza sostanziale”, a fim de que os que se encontram em inferioridade econômica tenham as mesmas oportunidades, princípio de caráter programático e endereçado ao legislador e aos demais poderes públicos.

Este tipo de cisão está na mira da crítica austera de Perlingieri, para quem o art. 3.º da Constituição italiana deve ser considerado unitariamente. É que “as técnicas interpretativas de cada norma, principalmente se constitucional, devem inspirar-se na ideologia presente no desenho global do ordenamento, sem dissociar as proposições, de acordo com o critério do conhecimento global e sistemático” (PERLINGIERI, 2007, p. 168). Divorciar a igualdade formal da substancial tende a atribuir à última natureza programática, esvaziando-a de qualquer conteúdo. Há ainda quem identifique o princípio com o da paridade de tratamento, “já presente em nível de normativa ordinária”, mas o certo é que não se exaure nisto. Justifica-se como paridade com fundamento na Justiça retributiva (independendo de previsão superior), enquanto que a prescrição constitucional tende à igual dignidade social.

Merecem, ademais, críticas os que estipulam pretensão antagonismo da igualdade liberal-democrática com a exigência de Justiça social; “uma e outra são expressões completas da cláusula geral de tutela da pessoa”. A normativa única não se justifica ontologicamente, mas caso a caso (porém, um critério ontológico vem logo em seguida, já que Perlingieri (2007, p. 168) assume haver violação “quando, sem justificações constitucionalmente relevantes, cidadãos em situações iguais recebem um tratamento diverso, seja quando cidadãos em situações diferentes e desproporcionadas recebem um tratamento idêntico”). O instrumento mais relevante para realizar o par. 2.º do art. 3.º “é a intervenção legislativa reformadora e, principalmente, aquela administrativa, que se tornam possíveis mediante a despesa pública, à qual o cidadão é obrigado a contribuir de acordo com a própria capacidade”. Não é possível, sem adaptações, o transplante da carga inovadora da igualdade substancial nas relações privadas. O valor da justiça social contribui em sede interpretativa, para individuar o conteúdo jurídico de certas cláusulas gerais. E como “é da República” o ônus de remover os obstáculos que neguem símile dignidade aos cidadãos,

não é o caso de recair sobre esse ou aquele sujeito, escolhido ao acaso ou com base em um ódio político.

Miranda (2009, p. 201-204) ensaia análise de amplo espectro e profundidade. Faz ver que há uma “tensão insuprimível” entre liberdade e igualdade; entre esta e o “direito à diferença”. Atenção peculiar suscita a dicotomia igualdade “jurídico-formal”, “perante a lei” ou “liberal” e a igualdade “social”, “efectiva”, “real”, “material”, “concreta”, reconhecendo-se que não é correta a contraposição; a sedimentação desta se faz pela passagem daquela de programática a preceptiva em “domínios crescentemente alargados”. A conquista da igualdade vem-se conseguindo em concreto, mesmo acompanhada do aparecimento de novas desigualdades. A Constituição Portuguesa não se cinge a declará-la; aplica-a a “zonas mais sensíveis”, “daí um sistema bastante complexo e talvez demasiado ambicioso”. Dentre as conquistas nesta seara são expressamente arroladas “as alterações ao Código Civil, que firmaram a igualdade de estatuto familiar dos cônjuges, com eliminação do poder marital, e a igualdade de direitos dos filhos (Decreto-Lei n. 486/77, de 15 de novembro)”. Mesmo uma análise sumária assenta três “pontos firmes”: a “igualdade não é identidade”; significa “intenção de racionalidade” e, em último termo, intenção de justiça; encontra-se “conexa com outros princípios”. O sentido primário do princípio é negativo (vedação de privilégios: “situações de vantagem não fundadas”); e “trata-se também de proteger as pessoas contra discriminações”. Mais exigente é o sentido positivo: tratar igualmente situações iguais; desigualmente as desiguais; como faculdade ao legislador em alguns casos, obrigação em outros; em moldes de proporcionalidade; e das situações não só como existem, mas como devem existir (igualdade através da lei). A proporcionalidade largamente se lhe sobrepõe, apontando-se habitualmente três subprincípios: necessidade, adequação e racionalidade. Os destinatários são os órgãos legislativos, os tribunais e a Administração. E, de forma menos abrangente, os particulares, nominadamente no interior de pessoas coletivas.

O eminente Professor coimbrão é jurista demasiado bom para incorrer nos mal-entendidos freqüentes neste tema, sacando-se de suas reflexões duas que se aproveitará oportunamente: a) o paradoxo de que as ações positivas de concretização da igualdade multiplicam os regimes jurídicos particulares; b) a inconveniência de se opor a igualdade formal à material, assimilando-se-lhe à igualdade de nascimento “burguesa” (passe o termo).

Neste ponto, faz-se oportuno sintetizar o que se julga possa adquirir destes conceitos e reflexões.

1. O primeiro óbice a se afastar está na atitude desalentada de quem conceba a igualdade (e a justiça à qual está ligada estreitamente) como conceito vazio ou puramente ideológico (ideologia aqui tomada como disfarce de interesses materiais). Do contrário, esvaziar-se-ia do mesmo modo sua repercussão no Direito Positivo (de onde a superficialidade e o modo com que alguns tratam o assunto);
2. O que não quer dizer que sejam possíveis soluções isentas de alguma indeterminação. Todavia, muitos acidentes comunicativos serão prevenidos se o teórico estiver alerta para os diferentes graus de abstração da idéia:
 - a) de igualdade como conceito **absoluto**: é o mais abstrato (a cada qual o mesmo) e impraticável, portanto pode ser deixado de lado. Este aviso pode afigurar-se óbvio, mas não é, porque este sentido inoperante pode ser reintroduzido, sub-repticiamente, no raciocínio e no discurso, gerando insolvência verbal;
 - b) de igualdade **relativa**, segundo certos parâmetros que procuram concretizar o aspecto positivo (igualdade dos iguais) e o negativo (desigualdade dos desiguais) do princípio: são eles a igualdade pelas partes uniformes, pela proporção, pela capacidade, pelo mérito, pela necessidade, pela posição, pelas obras e minimalista (de nivelamento);
 - c) note-se que ainda são abstratos e estão em hostilidade recíproca, mas é útil verificar que toda norma, enquanto geral (enquanto padrão de regularidade) os aproveita em terceiro nível de concreção. Neste sentido que toda norma (geral e abstrata) efetiva o *suum cuique tribuere* e é inerentemente igualitária (como notou Kelsen), enquanto adota uma daquelas pautas nas hipóteses, mas pode ser criticada sob o ponto de vista das demais e com vistas aos efeitos sociais que sua aplicação produz. Isto introduz um pouco de racionalidade na discussão sobre a igualdade “na lei”.
3. De outro lado, há o que se chama de “igualdade perante a lei” (que postula que o padrão de regularidade seja aplicado imparcialmente a quem a lei iguala e diferentemente a quem desigual). A ênfase nesta igualdade formal coincidiu, historicamente, com as Revoluções liberal-individualistas, mas é errônea sua assimilação, mui freqüente, com a igualdade “burguesa” (à falta de nome melhor). O princípio da igualdade perante a lei é indissociável dos parâmetros de tratamento de qualquer norma geral e não se opõe, antes é suposto, por aquelas que visem à assim chamada igualdade “material” (melhor seria apelidá-la “econômica” ou “social”, para afastar de vez as obscuridades). A igualdade dita “real”, pois, não significa senão a adoção de novos paradigmas de

Justiça pelos ordenamentos sensíveis às diferenças de fortuna, que só serão coerentemente aplicáveis se respeitada a igualdade “formal”¹². Como se disse, esta é condição de realização daquela. De outro modo, o próprio ordenamento entraria em colapso, sem realizar igualdade de espécie alguma;

4. A admissão de que só sejam funcionais as igualdades “relativas” explica por que o legislador não possa atuar senão procedendo discriminações. O tratamento previsto no conseqüente da norma jurídica depende de um recorte na realidade descrito no antecedente. A promoção de políticas de igualdade “substancial” não pode senão criar um amplo espectro de regimes jurídicos particulares. O excesso destes regimes, no limite, levaria à “perda de generalidade da lei” e uma ordem paradoxal em que só se fizessem diferenciações;
5. Se toda norma geral discrimina, é saudável, por decorrência, exigir que sua juridicidade dependa de correlação lógica entre o critério diferenciador e o tratamento distinto que prescreve. Por outro lado, é explicável certa desconfiança com as normas individuais e concretas, embora não pareça que estas possam ser totalmente suprimidas, anulando-se qualquer juízo de equidade do legislador;
6. A igualdade, enfim, não é um rótulo vazio nem um conceito exato, suportando diversas concretizações históricas segundo as pautas (dentre as mencionadas; não são de número infinito nem indetermináveis) que, culturalmente, pareçam ser de materialização mais urgente e isto se faz por via de reforma legislativa. Por isto é que não se julga oportuno chamar a vertente econômica de igualdade “real”. Reais são todas as formas do princípio se concretizar, que serão identificadas pelos juristas, primariamente, pelas determinações que tomam nas Cartas Constitucionais.

¹² Ironicamente, Berns (1986, p. 263) polemiza: “Definimos certa vez, os direitos humanos em termos de liberdade e do não-material (pois até o direito de propriedade foi formulado como um direito de adquirir. Há crescente tendência de definir estes direitos em termos de igualdade e do material. [...] A garantia dos novos direitos humanos requererá um governo para intervir no reino privado e acabar destruindo-o. Aqueles que agora reivindicam como um direito a igual distribuição de bens materiais acabarão, inevitavelmente, exigindo (e em alguns casos já exigiram) um direito igual à felicidade que estes bens supostamente trazem – não o direito de procurar a felicidade, mas o direito de obtê-la. A garantia desse direito requererá que o Governo declare guerra à natureza humana. [...] O Governo só pode assegurar este novo direito à igualdade recrutando a assistência de geneticistas.”. A mordacidade é dirigida contra a “Theory of Justice” de John Rawls, que teria substituído a igualdade de direito à vida pela igualdade de direito à felicidade.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009. Título original: *ἠθικὰ ἐθικὰ* “ *Ethikà Nikomákheia*
- BERNS, Walter. A constituição assegura estes direitos?. In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (Org). **A constituição norte-americana: capitalismo/ democracia**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998. Tradução da 20.^a edição alemã. Título original: *Grundzüge Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D. Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINES, Temistocle. **Diritto costituzionale**. Milano: Giuffé, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1978. 17.^a tiragem em 2009.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

MESSNER, Johannes. **Ética social**: o direito natural no mundo moderno. São Paulo: Quadrante, 1960.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009.

PERELMAN, Chain. **Ética e direito**. Tradução de Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Traducción de Genaro Carrión. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Os Pensadores)

TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense, 1991. Atual. por Maria Garcia.

Submissão em: julho de 2010
Pareceres favoráveis em: outubro de 2010

Derecho Penal Internacional y Terrorismo: ¿crimen de Derecho Internacional?^{1 2}

JUAN-RAMÓN MARTÍNEZ-VARGAS*

ANDREA MATEUS-RUGELES**

Resumen: El Derecho Penal Internacional busca evitar la impunidad frente a las conductas más graves y atroces que atentan contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Estas conductas, conocidas como los crímenes centrales del derecho internacional, son las constitutivas de crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio y agresión. Ni en la Carta del Tribunal de Núremberg, en el de Tokio, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia o en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se establece el terrorismo como un crimen de la competencia de estos tribunales; tampoco se consagra como un crimen de derecho internacional en los Principios de Núremberg. Únicamente el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, consagra en su artículo 4, los “actos de terrorismo” como un crimen de su competencia. A través de un proceso de investigación y análisis de tratados, costumbres y jurisprudencia internacional, se logran identificar conductas constitutivas de terrorismo en la primera mitad del siglo XX y se describe el tratamiento penal internacional que a través de instrumentos y decisiones se dio a esas conductas; igualmente, se analiza esta figura a la luz del Estatuto de Roma, sin desconocer el tratamiento que los Tribunales Penales ad hoc del Consejo de

* Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España. Máster en Cuestiones Actuales de Derecho Internacional de la Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España. Abogado de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Profesor de carrera académica en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Máster en Derecho Internacional de la Universidad de Nueva York, Estados Unidos. Abogada de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Profesora de carrera académica en Derecho Internacional y Derecho Penal Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

¹ Este artículo es producto de investigación del proyecto Derecho Internacional y Terrorismo que hace parte de la línea de investigación Derecho Internacional y Globalización, del grupo de investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Este artículo fue desarrollado en colaboración con la estudiante de Jurisprudencia Angélica Artunduaga Buitrago, perteneciente a la línea de investigación mencionada.

² Artículo presentado por Andrea Mateus y Juan Ramón Martínez, para la REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS, publicado en el año 2010, volumen 40, número 113. Páginas 351-379. Universidad Pontificia Bolivariana, aos quais a REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS agradece.

Seguridad de la ONU le han dado. Así, se concluye que el Derecho Penal Internacional no es ajeno al terrorismo ni desde el punto de vista fáctico ni jurídico, contemplando en algunos instrumentos expresamente al terrorismo como un crimen de derecho internacional, y subsumiendo, en otros casos, el terrorismo dentro de alguna de las categorías constitutivas de dichos crímenes. Si es necesaria o no su tipificación como un crimen autónomo del derecho internacional es una discusión que trasciende el objeto de este artículo encaminado exclusivamente a evidenciar la relación del terrorismo con el Derecho Penal Internacional desde un punto de vista fáctico así como jurídico a partir de la identificación de situaciones constitutivas de actos terroristas en un periodo histórico específico y de la respuesta jurídica dada por la sociedad internacional a través de los Tribunales Penales Internacionales.

Palabras clave: terrorismo, derecho penal internacional, Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Tribunal de Nüremberg, Tribunal de Tokio.

INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND TERRORISM: Crime of International Law?

Abstract: International Criminal Law seeks to avoid impunity regarding the most grave and atrocious conducts that “threaten the peace, the security, and the well-being of the world”. These conducts, known as the core crimes of international law, refer to war crimes, crimes against humanity, genocide and aggression. Neither the Charter of Nuremberg, nor the Charter of Tokyo, the Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia, or the Rome Statute of the International Criminal Court, establish terrorism as a crime of their jurisdiction; it is not either established as a crime of international law in the Nuremberg Principles. Only the Statute of the International Tribunal for Rwanda establishes in its article 4 the “act of terrorism” as a crime of its competence. Through a process of research and analysis of treaties, customs and international law, it is alleged that acts of terrorism occurred during the first half of the 20th century; the treatment that international criminal law gave (Nuremberg, Tokyo) and gives (International Criminal Court, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and International Criminal Tribunal for Rwanda) to those cases is described as well. Allegedly, terrorism is not alien to International Criminal Law, neither from a factual perspective nor from a legal one. Whether its regulation as an autonomous crime of international law is necessary or not is a discussion that goes beyond the purpose of this paper directed exclusively to evidence the relation between terrorism and International Criminal Law from a factual perspective and a legal one as well. This is done with the starting point of the identification of facts that constituted terrorism, in a specific historical context, and the legal response given by the international society, through the International Criminal Tribunals.

Key Words: terrorism, international criminal law, Rome Statute, International Criminal Court, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, International Criminal Tribunal for Rwanda, The Nuremberg Tribunal, The Tokyo Tribunal.

Droit pénal international et terrorisme: crime de droit international?

Résumé: Le droit pénal international s'emploie à éviter l'impunité des conduites les plus graves et les plus atroces qui "menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde". Ces conduites, connues comme des crimes fondamentaux en droit international, sont les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide et l'agression. Ni la Charte de Nüremberg, ni la Charte de Tokyo, ni le Statut du Tribunal International pour l'ex-Yougoslavie, ni le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale n'établissent le terrorisme comme un crime relevant de leur juridiction; il n'est pas non plus établi comme un crime de droit international dans les Principes de Nüremberg. Seul le Statut du Tribunal International pour le Rwanda établit dans son article 4 les "actes de terrorisme" comme étant des crimes relevant de sa compétence. À travers le développement des recherches et des analyses sur les traités, la coutume et la loi internationale, il peut être relevé que des actes de terrorisme se seraient produits au cours de la première moitié du 20ème siècle; le traitement que le droit pénal international lui offrit (Nüremberg, Tokyo) et lui offre (Cour Pénale Internationale, Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie et Tribunal Pénal International pour le Rwanda) y est également retranscrit. On ne peut ainsi prétendre, ni en fait, ni en droit, que le terrorisme est étranger au Droit Pénal International. Si sa réglementation en tant que crime autonome du droit international est ou non nécessaire, il s'agit là d'une discussion qui dépasse le but de cet article qui, lui, propose exclusivement de démontrer la relation entre terrorisme et Droit Pénal International dans une perspective pratique mais également juridique; ce, en partant de l'identification des faits constituant le terrorisme, dans un contexte historique spécifique, et de la réponse juridique apportée par la société internationale par l'intermédiaire des juridictions pénales internationales.

Mots-clés: terrorisme, droit pénal international, Statut de Rome, cour pénale internationale, tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie, tribunal pénal international pour le Rwanda, tribunal militaire international de Nuremberg, tribunal militaire international pour l'Extrême – Orient.

1 INTRODUCCIÓN

Durante el siglo XX se materializó la necesidad de enjuiciar y castigar de manera individual a los autores de conductas reprochables o repudiables a los intereses de la sociedad internacional³. Uno de los primeros pasos para esta concreción se presenta cuando en la Primera Guerra Mundial, Francia, Rusia y Gran Bretaña realizan la “Declaración de 1915” (Cf. Dadrián, 1993) manifestando que, una vez culminada la guerra, buscarían responsabilizar de manera individual a quienes durante esta cometieran acciones contrarias a los usos de la guerra y a la moralidad de los tratados, específicamente por las masacres realizadas en contra del pueblo armenio por parte del Imperio Turco Otomano (Cf. Rodríguez & Prieto, 2002). Se reconoció así la necesidad de responsabilizar internacionalmente a las personas y no solo a los Estados, siendo el terrorismo una de las conductas generadoras de dicha responsabilidad internacional.

A partir de dos enfoques, este artículo plantea la relación existente entre el derecho penal internacional y el terrorismo en un contexto específico. En primer lugar, analiza a la luz del Estatuto de Roma la posibilidad jurídica de clasificación de esta conducta como un crimen de derecho internacional; siendo este el paso necesario y previo al análisis sobre la necesidad de tipificación del terrorismo como delito autónomo o subsumido dentro de alguna de las categorías de crímenes existentes en el derecho internacional⁴. En segundo

³ Esta materialización trasciende la órbita interestatal y determina la escisión de la responsabilidad internacional, dejando de ser exclusivamente colectiva, para ser ahora también individual.

⁴ Este artículo se enfoca en el primer paso y no pretende excederse a la discusión sobre la tipificación autónoma o no del terrorismo a nivel internacional, por cuanto consideramos necesario primero su encuadramiento jurídico y en segundo lugar, por cuanto este tema ha sido tratado en demasía por distintos doctrinantes de la materia. Al respecto ver por ejemplo: Asúa, B. (2002). Olásolo H., (2007, Higgins, R. (1997).

lugar, identifica algunos casos ocurridos durante la primera mitad del siglo XX y el tratamiento dado desde la teoría de la responsabilidad internacional del individuo.

A partir de lo anterior, se concluye que el derecho penal internacional no es ajeno al terrorismo y reconoce esta figura como un crimen de derecho internacional. Si bien no se ha consagrado su tipificación como crimen internacional autónomo, los distintos escenarios de desarrollo y aplicación del derecho penal internacional, como algunos instrumentos internacionales y tribunales penales internacionales, reconocen su existencia, incidencia en la esfera internacional, y necesidad de respuesta desde esta rama del derecho.

2 CORTE PENAL INTERNACIONAL Y TERRORISMO

Previo al análisis de la relación existente entre el terrorismo y el Derecho Penal Internacional (DPI), es necesario plantear una definición de este crimen. Si bien el objeto de este artículo no es la discusión sobre la conceptualización del terrorismo ni de su identificación como crimen autónomo, es necesario delimitar el objeto de estudio. En este sentido, es de interés la caracterización conceptual que del terrorismo propone Nsefum, quien configura el crimen en los siguientes componentes. Conducta: acto de violencia, armada o no; tendencia: que engendra terror o intimidación; bien jurídico: la vida, integridad corporal, salud física o moral y libertad de las personas; sujetos pasivos: la población de un Estado y las víctimas eventuales; móvil: político, social y filosófico; cualificación normativa: la violación de las prescripciones de derecho humanitario que prohíben el empleo de medios crueles y bárbaros, el ataque de objetivos inocentes o el ataque de objetivos sin interés militar⁵. Partiendo de esta definición y de la conceptualización de la figura dentro del contexto de un crimen, se entra a revisar su relación con el DPI y específicamente con la Corte Penal Internacional (CPI).

La CPI busca que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, “no queden sin castigo y que, a tal fin, [se adopten] medidas

⁵ Cf. Nsefum, 1985. Se hace la salvedad de que el presente artículo no se circunscribe al contexto dado por dicha cualificación, pues aceptamos la posibilidad de la perpetración de este crimen en un contexto distinto al conflicto armado. Como son los casos del 11 de marzo, también conocido como 11-M, día en que Madrid fue azotada por varias explosiones (10 bombas) en la estación de Atocha, dejando como resultado 191 muertos y más de 1.500 heridos. El 7 de julio de 2005, cuando cuatro bombas estallaron en el sistema de transporte público en Londres, dejando 56 muertos y 700 heridos. Las dos explosiones en Bagdad, del 25 de octubre de 2009, dejando 140 muertos y más de 1.000 personas heridas. La bomba de Bali el 13 de octubre de 2002, que destruyó una discoteca del pueblo de Kuta, y dio muerte a por lo menos 188 personas, en su mayoría turistas, entre otros.

en el plano nacional [y se intensifique] la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia” (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, Preámbulo, parr. 4).

De acuerdo con el artículo 5 del Estatuto de Roma (ER), se entiende por dichos crímenes el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y la agresión. El artículo 22.3 ER, sin embargo, reconoce que estos no son los únicos crímenes de derecho internacional. Según esta disposición, que consagra el principio de *nullum crimen sine lege*, la CPI únicamente tendrá competencia respecto a los crímenes ya mencionados, lo cual no obsta para que se tipifique “una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”⁶. Una interpretación sistemática del Estatuto confirma esta posición. El artículo 10 ER, por ejemplo, permite afirmar que los redactores del Estatuto no pretendieron consagrar en los artículos 5-8 –incluyendo ahora el 8bis⁷ – todos los crímenes de derecho internacional, pues reconoce la existencia actual o futura de normas del derecho internacional no consagradas en el ER.

El crimen de terrorismo no hace parte de aquellos que de manera autónoma conforman la competencia material de la CPI pero, jurídicamente hablando, a partir de la diferenciación entre un crimen de derecho internacional con uno de orden interno o de trascendencia internacional⁸, nada obsta para que en un futuro se haga una enmienda al ER y se incluya dentro del artículo 5; o aun, que ya se encuentre subsumido dentro de alguna de las 4 categorías consagradas en dicha disposición. Esto, por cuanto cumple con las características propias de los crímenes de derecho internacional.

La determinación de conductas constitutivas de actos de terrorismo como crimen de derecho internacional y su inclusión dentro de instrumentos que consagren dichos crímenes

⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, Artículo 22. *Nullum crimen sine lege*: 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.”

⁷ Mediante Resolución RC/Res.6 de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma, del 11 de junio de 2010, se aprobaron por consenso enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El primer anexo de dicha Resolución propone “enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas a la agresión”. En el numeral segundo sugiere insertar el texto del artículo 8bis, relativo al crimen de agresión.

⁸ Para mayor información sobre esta diferenciación ver Werle, 2005. Explicación al respecto en este artículo: ver *infra* 32.

se viene discutiendo desde 1919 a partir de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de las Penas. Un referente más reciente que se da con ocasión de un proyecto de código de crímenes internacionales se encuentra en 1996 con el borrador de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el Código de Crímenes en contra de la Paz y la Seguridad de la Humanidad. El artículo 20, literal f, numeral iv, consagra como un crimen de guerra los “actos de terrorismo”, constitutivos de violaciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional (International Law Commission, 1996). Si bien el borrador del Código no presenta explicación alguna sobre esta disposición, como lo refiere Saul (2006), esta frase evoca una disposición del Protocolo Adicional II (PA II) a los Convenios de Ginebra de 1949 (Saul, 2006), la cual podría dar una guía respecto a su concepto y alcance como crimen de guerra.

El PA II relativo a la protección de las víctimas en conflictos armados de carácter no internacional, refiere el DIH aplicable en este tipo de conflictos. En ese sentido, dispone como garantía fundamental frente a las personas que no participan en las hostilidades la prohibición de realizar actos de terrorismo (artículo 4.2 literal d). Igualmente el artículo 13.2 en relación con la protección de la población civil, consagra la prohibición de “actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil” (Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, 1977). De acuerdo con el comentario al PA II, las garantías de un trato humano consagradas en el artículo 4 son absolutas, pues son reconocidas en todo tiempo y a toda persona, y reproducen en lo esencial el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Específicamente en relación con las disposiciones 4 y 13 en lo que respecta a los actos de terrorismo, menciona en relación con el primer artículo su vinculación con el artículo 33 del Convenio IV de Ginebra⁹ y aclara que el alcance de la disposición por su forma amplia de redacción incluye actos de terrorismo dirigidos contra las personas pero también contra las instalaciones. El artículo 13, a su vez, se corresponde con el artículo 51 del Protocolo Adicional I¹⁰ relativo igualmente a la población civil pero esta vez en el contexto de

⁹ El artículo 33 de la IV Convención de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, 1949, refiere en relación con la “responsabilidad individual, castigos colectivos, pillaje y represalias. No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o terrorismo”.

¹⁰ El artículo 51 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, refiere en relación con la protección de la población civil: “1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, además de las otras normas aplicables de derecho internacional, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes. 2. No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”.

conflictos armados internacionales. De acuerdo con el comentario, nuevamente una redacción amplia permite incluir dentro de la disposición distintos métodos utilizados con el fin específico de generar terror en la población, incluyendo, pero no limitado, a por ejemplo bombardeos aéreos. Finalmente, se aclara que la disposición está creada para prohibir específicamente aquellos “actos o amenazas cuyo objeto principal es sembrar el terror... (buscando) prohibir la intención de aterrorizar” (Comité Internacional de la Cruz Roja, s.f.).

Las disposiciones anteriores dan algunas luces sobre el ámbito de aplicación del terrorismo como crimen de derecho internacional, permitiendo afirmar que en el contexto de la comisión de un crimen de derecho internacional o en el contexto del ejercicio de violencia generalizada como elemento internacional del crimen –que se materializa en el conflicto para el caso de los crímenes de guerra–, se evidencia la comisión de conductas constitutivas de terrorismo. Así, por ejemplo, las referencias expresas a terrorismo relacionadas con el borrador del Código de Crímenes en contra de la Paz y la Seguridad de la Humanidad se encuentran en instrumentos contentivos de DIH; norma de origen prohibitiva de los crímenes de guerra¹¹.

En este mismo sentido, los Tribunales Penales internacionales *ad hoc* del Consejo de Seguridad, han tratado el terrorismo como un crimen de derecho internacional que se enmarca dentro de un crimen de guerra o que se comete con ocasión de tales conductas. El primer caso es el del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que consagra dentro de su Estatuto los “actos de terrorismo” como un crimen bajo el artículo 4 que establece las graves violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo Adicional II a dichos Convenios¹². El segundo caso es el del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), que si bien no consagra el terrorismo de manera expresa en su Estatuto, sí ha desarrollado dicho concepto a través de su jurisprudencia. En el caso *Prosecutor v. Stanislav Galija* (2003), se enmarcan las conductas realizadas con la intención de causar terror como un crimen de la competencia del TPIY

¹¹ Para ver la relación entre el Derecho Internacional Humanitario y los crímenes de guerra, ver: Velásquez-Ruiz, 2009.

¹² El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda consagra en el artículo 4 literal d, los actos de terrorismo como “Violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II”. “Article 4 Violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II. The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977. These violations shall include, but shall not be limited to: ... d) Acts of terrorism; [...]”.

bajo el artículo 3 del Estatuto que consagra como crimen las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra, las cuales enlista de manera no taxativa. Esto, permite que en el escrito de acusación, la Fiscalía acuse por el cargo de infligir terror a la población civil, de acuerdo con los artículos 51 y 13 de los Protocolos Adicionales I y II, respectivamente, afirmando que el bombardeo indiscriminado y el tiroteo dirigido específicamente contra la población civil, constituía una campaña de los perpetradores desarrollada con el objetivo principal de aterrorizar a la población civil de Sarajevo (Saul, 2006, supra 14). El TPIY, en su fallo de primera instancia, acoge la tesis de la Fiscalía al afirmar que efectivamente se configuró en este caso un crimen de terrorismo constitutivo de crimen de guerra, dentro del contexto de un conflicto armado internacional. Y afirma que los elementos de dicho crimen, además de aquellos propios a los crímenes que se generan por las violaciones a las leyes o costumbres de la guerra, son: “1. Actos de violencia dirigidos en contra de la población civil, o de los civiles que directamente no participen en las hostilidades, causando la muerte o lesiones graves al cuerpo o a la salud. 2. El perpetrador intencionalmente hace de la población civil, o de los civiles que directamente no participen en las hostilidades, el objeto de esos actos de violencia. 3. Estos actos de violencia se cometen con el propósito principal de generar terror entre la población civil” (Prosecutor v. Stanislav Galiaë, 2003, parr. 133, supra 21).

El Estatuto de Roma no contiene una disposición expresa sobre terrorismo, ni hay decisión actual de la Corte Penal Internacional directamente relacionada con este crimen. Con ocasión de la solicitud hecha en 1989 por parte de Trinidad y Tobago a la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de retomar el estudio para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, la Asamblea otorgó dicho mandato a la CDI mediante Resolución 44/39 de 1989¹³. En el informe del grupo de trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, presentado por la CDI en 1994 a la Asamblea (sesión 49), no se incluye el terrorismo como una de las categorías de crímenes de los que conocería la CPI (Informe del grupo de trabajo sobre el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, 1994); tampoco dentro de los que fueron aceptados al finalizar las negociaciones en Roma donde se discutió la creación de la actual CPI y su Estatuto.

¹³ Organización de las Naciones Unidas, s. f.: “The General Assembly, [...] 1. Requests the International Law Commission, when considering at its forty-second session the item entitled “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, to address the question of establishing an international criminal court or other international criminal trial mechanism with jurisdiction over persons alleged to have committed crimes which may be covered under such a code of crimes, including persons engaged in illicit trafficking in narcotic drugs across national frontiers, and to devote particular attention to that question in its report on that session; [...]”.

Recientemente, en la Conferencia de Revisión del ER que se llevó a cabo en Kampala, Uganda, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, se logró la definición del crimen de agresión, manteniéndose la competencia de la Corte respecto a los cuatro crímenes establecidos en el ER desde sus negociaciones, y sin extender dicha competencia al crimen de terrorismo. Sin embargo, como se afirmó, y atendiendo a su categorización como crimen de derecho internacional, existe la posibilidad jurídica de incluir el terrorismo como un crimen de la competencia de la CPI. Desde esta perspectiva, para que exista tal posibilidad, además de la necesaria adición al Estatuto en aras de cumplir con lo dispuesto por el artículo 22 y de no violar el principio *nullum crimen sine lege*, se requiere que la conducta que pretende ser tipificada pueda enmarcarse dentro de la categoría de crimen de derecho internacional. El bien jurídico protegido, así como el elemento internacional común a estos crímenes, permite dicha identificación.

De acuerdo con Werle (2005, *supra* 12), los crímenes de derecho internacional están encaminados a la protección de bienes jurídicos esenciales para la existencia misma de la sociedad internacional. Estos bienes jurídicos son “la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”. En otras palabras, cuando se comete una conducta constitutiva de un crimen de derecho internacional, se atenta directamente contra dichos bienes jurídicos colectivos que están en el centro de la sociedad internacional. Así lo reconoce tanto el ER en su Preámbulo, como la Carta de San Francisco en su artículo primero¹⁴. Esto no obsta, sin embargo, para considerar que en algunos crímenes de derecho internacional se pueda estar frente a un delito *pluriofensivo* como puede ser el caso de los crímenes de lesa humanidad. En esta medida, no es incompatible establecer que el terrorismo atenta contra bienes jurídicos individuales, y al mismo tiempo atenta contra los bienes jurídicos colectivos de la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad¹⁵.

Por otro lado, un elemento característico y común a las conductas que tradicionalmente han sido consideradas como crímenes de derecho internacional es el “contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo” (Werle, 2005, *supra* 12). Para Werle (2005), este

¹⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *supra* 9. *Preámbulo. Párrafo 3*: “Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad...”. Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945. Artículo 1. “Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz [...]”.

¹⁵ Ver la discusión sobre este tema en relación con el crimen de genocidio en Gil, 1999.

elemento es el que permite la relación de los crímenes de derecho internacional con los intereses centrales de la sociedad internacional. En el caso del terrorismo, este elemento se manifiesta, dependiendo de la definición que se acoja, en los actos de violencia encaminados a causar terror entre la población; o en “los actos que generan un peligro colectivo a la vida, la integridad o la libertad de las personas” (supra 12).

Según Bassiouni, el elemento internacional en los actos de terror se da cuando alguna de estas tres situaciones está presente:

El perpetrador de la conducta y la víctima son ciudadanos de diferentes Estados. La conducta se lleva a cabo en todo o en parte en más de un Estado. El perpetrador es ciudadano de un Estado y el acto es cometido en otro Estado.¹⁶

No podemos coincidir con la afirmación que hace el profesor Bassiouni, ya que a la hora de conceptualizar el DPI hay que hacer una diferenciación entre la materia que abarca esta rama del derecho y aquella que abarcan otras materias subsumidas dentro del género del derecho penal de trascendencia internacional¹⁷.

Los crímenes de derecho internacional hacen parte de la materia comprendida por el DPI y se caracterizan, como se explicó, por los bienes jurídicos contra los que atentan, por el elemento internacional común que está presente en todas las categorías de este

¹⁶ Cf. Bassiouni, 1987. Afirma, igualmente, que el elemento internacional va dirigido contra un objetivo internacionalmente protegido o viola normas internacionales.

¹⁷ En este sentido ver por ejemplo, Werle (2005, pp. 92-98, supra 12) y Gil (1999, supra 28). Werle afirma que el género sería el Derecho Penal de Trascendencia Internacional, entendido este como todo derecho penal que tiene una relación con el extranjero. De esta manera el derecho de cooperación internacional en materia penal, el derecho penal supranacional y el derecho penal internacional, son especies distintas de ese género. La pertinencia de esta clasificación para efectos de conceptualización y diferenciación con otras ramas del derecho penal, es clara. Sin embargo, nuestra posición va más allá de la planteada por Werle, al afirmar que el Derecho Penal Internacional es una rama del derecho internacional, claramente interdisciplinaria con el derecho penal pero con fuentes propias del derecho internacional. Para efectos de este artículo, lo importante es la claridad sobre la materia comprendida por el derecho penal internacional, que hace referencia en su esencia a crímenes de derecho internacional, es decir a aquellos cuya punibilidad se fundamenta en una norma del derecho internacional independientemente de su recepción en el derecho interno, que se cometen en un contexto de violencia generalizada o sistemática (elemento internacional del crimen) y cuya tipificación busca tutelar bienes jurídicos propios de la sociedad internacional. Estos elementos diferencian a los crímenes de derecho internacional de los delitos comunes, incluso de aquellos que por su ejecución son transfronterizos. Delitos, estos últimos, propios del derecho penal de trascendencia internacional que se relaciona más con temas procesales como la cooperación internacional, la ejecución de sentencias, las normas aplicables, etc.

tipo de crímenes y por su punibilidad fundamentada directamente en el derecho internacional¹⁸.

Así las cosas, es claro que la conducta constitutiva de terrorismo no tiene impedimento jurídico para ser tipificada como un crimen más de la competencia de la CPI al cumplir con las características propias de los crímenes de derecho internacional. Esto implicaría, sin embargo, una modificación o adición al ER atendiendo a criterios específicos del Estatuto como es el ya mencionado *nullum crimen sine lege*. Si la Asamblea de Estados Parte al ER llegare a aceptar dicha inclusión, sería necesario, igual que con el crimen de agresión, que dichos Estados aceptaran la competencia de la CPI para conocer de ese nuevo crimen¹⁹. Esto por cuanto cada Estado que a la fecha ha ratificado, aceptado, aprobado o adherido el ER, lo ha hecho de acuerdo con el texto original aprobado en la conferencia internacional llevada a cabo en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998. De esta manera, como lo dispone el Estatuto en su artículo 121 numeral 5²⁰, cualquier enmienda que se haga en relación con los crímenes de la competencia de la CPI debe ser ratificada o aceptada por el Estado para que la CPI pueda tener competencia en cuanto a la materia que involucre dicha enmienda.

Pero, a su vez, se puede afirmar que la CPI podría conocer de conductas constitutivas de actos terroristas si se encuentra que alguno de los crímenes consagrados en los artículos 6-8 del ER se cometen con la intención de causar terror entre la población. De acuerdo con Olásolo (Olásolo & Pérez, 2008), el artículo 8 del ER consagra varias conductas que, como

¹⁸ El delito de trata de personas, o de lavado de activos, por ejemplo, es cometido en muchas ocasiones en el territorio de distintos Estados e involucrando víctimas de distintas nacionalidades a las del perpetrador del crimen. Esto, sin embargo, no hace de estos delitos crímenes de derecho internacional, sino crímenes transfronterizos, pues trascienden las fronteras de uno o más Estados pero no necesariamente se dan en el contexto de un ejercicio de violencia generalizada o sistemática, faltando así, el elemento internacional stricto sensu del que habla Werle.

¹⁹ Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma, Resolución RC/Res.6, *supra* 11. Los numerales 3 y 4 de esta Resolución sugieren insertar el artículo 15bis, *Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (Remisión por un Estado, propio motu)* y 15ter (*Remisión por el Consejo de Seguridad*), respectivamente, “2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto”.

²⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, *supra* 9. Artículo 121 numeral 5: “Las enmiendas al artículo 5 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda”.

crímenes de guerra, causan terror en la población civil. Véase por ejemplo, en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional como de un conflicto armado que no sea de índole internacional, el “dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades” (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, supra 9, artículos 8.2 b (i); 8.2 e (i)).

Incluye dentro de esta lista, en el contexto de conflictos armados internacionales, el “dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares” (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, supra 9, artículo 8.2 b (II)) y, en general, distintas conductas dirigidas contra personas protegidas, que en conflictos armados de carácter internacional y no internacional se encuentran bajo el poder de la contraparte como son “el asesinato, la tortura, las mutilaciones físicas, los tratos crueles, los tratos inhumanos, la causación voluntaria de graves daños personales o de grandes sufrimientos psicológicos, o el sometimiento a experimentos médicos” (Olásolo & Pérez, 2008, supra 36).

Para el profesor Olásolo, los crímenes de lesa humanidad consagrados en el artículo 7 del ER, también pueden encuadrarse como conductas terroristas cuando efectivamente impliquen acudir a la violencia con el objetivo de “aterrorizar a la población para obtener un objetivo o concesión política” (Olásolo & Pérez, 2008, p. 179). En este punto se debe resaltar, como resulta de la afirmación hecha por Olásolo, que no puede afirmarse que el crimen de terrorismo no presente diferencia alguna con los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Si bien no hay una definición unificada y aceptada sobre el crimen de terrorismo como crimen internacional, existen unos elementos característicos que son ajenos a los crímenes de guerra y de lesa humanidad o que no necesariamente están presentes en la comisión de todas las conductas constitutivas de dichos crímenes, por ejemplo la realización de conductas encaminadas a causar terror entre la población y la existencia de un móvil político, social y filosófico.

Si bien es cierto que en el contexto de un conflicto armado (internacional o no internacional), y en el de un ataque sistemático o generalizado, puede estarse frente a una situación general que causa terror, esto no es suficiente para afirmar que en todos los casos en que ocurre un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra, estos se cometen con el fin de causar terror.

Así, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, la tortura,

la violación, la esclavitud sexual, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, la desaparición forzada, y, sobre todo, “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”, pueden ser considerados como actos constitutivos de terrorismo cuando se dan los elementos esenciales de este tipo penal.

Lo mismo se afirma en relación con algunos crímenes de guerra; pero al igual que ocurre por ejemplo con el asesinato o la tortura, estas conductas serán consideradas como un crimen de lesa humanidad o como un crimen de guerra según se den como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil, o en el contexto de un conflicto armado con ocasión del conflicto²¹ respectivamente, o como un crimen de terrorismo, si se busca engendrar terror, afectando al mismo tiempo varios bienes jurídicos de la población civil de un Estado.

La discusión de si el crimen internacional de terrorismo es un crimen autónomo o se encuentra subsumido dentro de alguna (o todas) de las categorías de los crímenes de derecho internacional consagrados en el ER, o más aún, si es una característica que se evidencia en la comisión de alguno de esos crímenes, es objeto de un estudio distinto y posterior a su identificación como crimen de derecho internacional, el cual sería imposible abarcar en este espacio.

Así, puede concluirse que el DPI contemporáneo permite categorizar al terrorismo como un crimen de derecho internacional y que el ámbito de protección desde el DPI enmarca este crimen convencional y consuetudinariamente, de manera mayoritaria como una conducta contraria al DIH. Con este marco conceptual, buscaremos en tiempo pretérito algunos ejemplos de actos terroristas para identificar el tratamiento que el DPI, existente para la época, les otorgó.

²¹ Además de las particularidades de la tipificación de cada conducta. Por ejemplo, de acuerdo con los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, la tortura como crimen de guerra, a diferencia de la tortura como crimen de lesa humanidad, exige que sea cometida con una finalidad específica, como “la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo” (Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, s. f.; Artículo 8 2) a) II-1).

3 ACTO TERRORISTA Y GENOCIDIO

En los albores del siglo XX se presentaron diversas conductas que denotan actos de terror dentro del contexto de otras conductas criminales²². El genocidio constituyó una de esas conductas materializada en la acción sistemática de exterminio del pueblo armenio, el cual venía sufriendo ataques²³ por parte del imperio Otomano desde el siglo XIX²⁴. Teniendo el control del gobierno turco, el Comité de Unión y Progreso (CUP) durante la Primera Guerra Mundial (I GM), crea una organización secreta encargada de ejecutar las acciones que conducen al genocidio y que a su vez, en algunos casos, denotan actos terroristas²⁵ contra la población armenia. Con ocasión de la I GM, los turcos que se han aliado con Alemania obligan a los armenios a enlistarse en el ejército y a participar en la lucha contra Rusia. A partir de la batalla en Sarikamish, las medidas de violencia contra el pueblo armenio se intensifican. Varios son ejecutados extrajudicialmente, otros son trasladados forzosamente a regiones distintas a aquellas donde habitaban; la mayoría de hombres y mujeres son separados y, finalmente, a partir de la “Ley Provisional de Deportación” de mayo de 1915, se crea un marco legal que autoriza la deportación de los armenios hacia el norte de Siria y Mesopotamia (Bruneteau, 2009, *supra* 42).

Varios son los elementos propios de un genocidio que se evidencian en estas conductas. Así, en relación con los elementos objetivos, encontramos por ejemplo la existencia de un grupo protegido internacionalmente, las modalidades de traslado forzoso de menores a otro grupo, la matanza de miembros del grupo, y las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, entre otros. En cuanto al elemento subjetivo, se afirman también tanto el general como el específico evidenciado en el dolo especial de la intención de destruir total o parcialmente al grupo²⁶.

²² Algunos doctrinantes refieren igualmente como acto de terrorismo durante la Primera Guerra Mundial la segunda batalla de Ypres en 1915 donde los alemanes lanzaron gases venenosos, que aunque de manera experimental, constituían armas de destrucción masiva. Ver: Marulanda, 2007. Para profundizar sobre la primera y segunda batalla de Ypres, ver: Barton, Doyle & Vandewalle, 2005.

²³ Ya hacia finales de dicho siglo (1894-1896), fue víctima de una masacre en la que aproximadamente 4.000 a 6.000 campesinos armenios murieron en la región de Sassun, seguidas por las de Constantinopla, Trebisonda y la región de Van. Ver Bruneteau, 2009.

²⁴ El terror generado sobre los armenios se derivó de actuaciones dirigidas por el gobierno de Abdul Hamil consistentes en la desaparición de aldeas, saqueos e incendios de casas, matanzas, transformación de iglesias por mezquitas y conversión obligatoria al islam. Sobre el particular ver: Bruneteau, 2009, *supra* 43.

²⁵ Se afirma el carácter terrorista de tales actos al ser su objetivo central el generar desestabilidad, pánico y terror en la población civil.

²⁶ La afirmación no desconoce que para la época no existía una tipificación del crimen de genocidio, solo afirma la coincidencia de la conducta acá descrita con el tipo penal como ha sido reconocido internacionalmente desde la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Ver: Mateus-Rugeles, A. (2010).

Esto, sin embargo, no es óbice para afirmar la concreción de conductas terroristas perpetradas por el CUP contra los armenios con ocasión de dicho desplazamiento y genocidio. Si bien es cierto que el terrorismo y el genocidio son conductas típicas distintas, no es menos cierto que en la comisión de otros crímenes internacionales o en el contexto de un conflicto armado sea imposible la comisión de actos propios del terrorismo; por ende no es válida su exclusión *prima facie* cuando se evidencia algún otro crimen de derecho internacional²⁷.

Este exterminio implicó la perpetración de actos que claramente denotan la utilización de violencia contra la población armenia en Turquía, buscando generar y generando terror entre sus miembros. Las conductas afectaron la vida, integridad física y psíquica de los armenios, sin representar, quienes ostentaban estos bienes jurídicos, un interés militar. Sus perpetradores actuaron motivados por ideologías políticas y económicas y en algunos casos religiosas (Bruneteau, 2009, pp. 94-96, supra 43).

Dichas acciones constituyen actos de terrorismo que se enmarcan dentro de sus elementos esenciales, pues el terrorismo implica manifestaciones de formas de violencia, diferenciadas y asimétricas en el uso de la fuerza, destinadas a generar efectos psíquicos desproporcionados en relación con sus consecuencias materiales. La finalidad principal de dichos hechos, además de la eliminación sistemática, consistió en infundir terror en la población; el terrorismo persigue efectos comunicacionales importantes y esto se reflejó en el ejercicio propagandístico del gobierno turco, que a más de buscar ser justificativo, afectaba la psiquis del colectivo. Se debe señalar, como lo afirma Jordán (2004), que el fenómeno terrorista no tiene como fin exclusivo destruir vidas o provocar daños materiales –aunque incluya esos efectos tangibles–, sino que su empleo es eminentemente instrumental en cuanto se dirige a quienes lo contemplan.

La respuesta que desde el DPI se dio a estas conductas identificadas como terroristas fue de avanzada en relación con el aspecto teórico, pero precaria desde un punto de vista práctico. El avance y desarrollo para esta naciente rama interdisciplinaria entre el derecho

²⁷ El desplazamiento armenio, amparado por la supuesta legalidad que le otorgaba la ley de 1915, no respondía a ningún fin ni método legítimo para llevarlo a cabo. Este fue hecho de manera forzosa y sin obedecer a razones de seguridad o imperiosa necesidad; el móvil fue de orden político y estaba encaminado a “poner en su lugar a la comunidad armenia. Lo que se tradujo en el resultado del exterminio de dicho grupo. En el camino, durante la deportación que duró entre mayo y septiembre de 1915, un número indeterminado de armenios fueron asesinados y los sobrevivientes fueron llevados a campos de concentración donde epidemias y precarias condiciones alimenticias culminaron la obra iniciada con la deportación y las masacres. Cf. Bruneteau, 2009, pp. 94-96, supra 43.

internacional y el derecho penal, se evidencia en este caso. En 1915, estando aun vigentes los conflictos de la I GM, Francia, Gran Bretaña y Rusia, ante la masacre de los turcos contra los armenios, hacen una declaración trascendente para la responsabilidad internacional. Estos tres Estados declaran que una vez la guerra termine, todos aquellos miembros del imperio otomano que hubieran cometido crímenes durante la guerra responderían individualmente por sus conductas (Cf. Bruneteau, 2009, p. 100, supra 43).

Esta Declaración, como acto jurídico unilateral de los Estados, constituye una fuente trascendental para el DPI. Ya no se refiere la responsabilidad internacional colectiva del Estado por la comisión de crímenes por parte de sus tropas, sino que será el individuo quien responda a nivel internacional dentro del contexto penal. Desde esta Declaración se evidencia lo que sería retomado por el primer principio de Nüremberg, esto es, la comisión de crímenes de derecho internacional genera responsabilidad penal internacional, y que expresarán de manera enfática los jueces del Tribunal de Nüremberg: “Los crímenes de derecho internacional son cometidos por el hombre, no por entidades abstractas, sólo al castigar a los individuos que cometen esos crímenes las disposiciones del derecho internacional son cumplidas” (International Military Tribunal, 1946)²⁸.

El 25 de enero de 1919, los Aliados y Poderes Asociados en la Conferencia Preliminar de la Paz crearon la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de las Penas. El mandato de esta Comisión consistía en investigar las causas de la I GM y las responsabilidades que de esta se derivaran, investigando las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra cometidas por las Potencias Centrales, y determinando la constitución de un tribunal encargado de juzgar dichas violaciones (Cf. Greppi, 1999). El 29 de marzo del mismo año la Comisión presentó un Reporte que contenía, en cinco capítulos, las recomendaciones formuladas en relación con el mandato encargado. Dos temas centrales son de interés para el presente estudio.

En el capítulo dos del reporte, la Comisión refiere las “Violaciones de las Leyes y Costumbres de la Guerra”. En relación con las violaciones de los derechos de los combatientes y de la población civil, afirma que las conductas atroces cometidas durante la I GM se concibieron para la “ejecución de un sistema de terrorismo cuidadosamente planeado y llevado a cabo hasta el final. Ni siquiera los prisioneros, ni los heridos, ni las

²⁸ Traducción no oficial. Texto original: “*crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced*”.

mujeres, ni los niños han sido respetados por los beligerantes que deliberadamente han buscado infligir terror en cada corazón para reprimir cualquier resistencia” (Adacti, 1920)²⁹. Así mismo, al final del capítulo la Comisión presenta una lista de las que considera son las violaciones de las leyes y usos de la guerra cometidas durante la I GM por las Potencias Centrales. Como primera conducta atentatoria de tal cuerpo normativo, la Comisión refiere las “matanzas y masacres; terrorismo sistemático” (Adacti, 1920, p. 14), lo que, en opinión de Ben Saul, permite evidenciar la importancia que para la Comisión tenía la persecución de este crimen (Saul, 2006, supra 14).

La Comisión elaboró, más que una lista técnica, una enumeración de 32 conductas que durante la I GM cometieron miembros de las Potencias Centrales. Las categorías de crímenes de derecho internacional como se conocen hoy no habían sido desarrolladas, razón por la cual se incluyen todas las conductas cometidas por los vencidos dentro de dos grandes categorías que la Comisión denomina como “violaciones a las leyes y costumbres de la guerra” (según el mandato otorgado) y “violaciones de las leyes de la humanidad”.

El genocidio armenio se enmarcó dentro de la primera conducta mencionada como violación a las leyes y costumbres de la guerra, esto es, “matanzas y masacres; terrorismo sistemático”. Si bien para la época el genocidio no se encontraba definido y las demás categorías de crímenes internacionales no estaban decantadas, como se afirmó, no es imposible identificar actos constitutivos de terrorismo en la comisión de estos crímenes o dentro del contexto de violencia organizada que caracteriza el elemento internacional de los crímenes internacionales (Cf. Werle, 2005, p. 179, supra 12). La Comisión, en el anexo I a su reporte, confirma esta aseveración al citar como ejemplo de las matanzas y masacres, terrorismo sistemático, la masacre de los armenios por parte de los turcos (*Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*, 1919).

El otro tema de importancia en relación con el Reporte de la Comisión es el relacionado con la creación de un tribunal para conocer de los crímenes enunciados en dicho documento. A pesar de que los Aliados no aceptaron todas las recomendaciones dadas por la Comisión, la creación de un Alto Tribunal compuesto por jueces de distintos Estados (los Aliados)

²⁹ Traducción no oficial. Texto original: “[...] could devise for the execution of a system of terrorism carefully planned and carried out to the end. Not even prisoners, or wounded, or women, or children have been respected by belligerents who deliberately sought to strike terror into every heart for the purpose of repressing all resistance”.

quedó plasmada en el artículo 227 del Tratado de Versalles (1919), estableciendo su competencia únicamente para juzgar al Káiser Guillermo II del antiguo Imperio Alemán³⁰.

Ninguna de las dos disposiciones llegó a materializarse³¹, sin embargo, la Comisión en distintas ocasiones demostró su interés por que las conductas cometidas por los turcos contra los armenios fueran castigadas. Así, como ya se indicó, el Anexo I a su Reporte incluyó esta conducta dentro de aquellas constitutivas de la primera violación a las leyes y costumbres de la guerra. Aunado a esto, el Reporte incluye una cláusula amplia que determina la competencia material del Alto Tribunal que la Comisión propone crear, y a su tenor reza: “Los principios de las leyes de las naciones derivados de las costumbres establecidas entre los pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública” (*Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*, 1919, supra 54)³².

De acuerdo con Bassiouni (2002), la Comisión incluye esta cláusula³³ para permitir que los aliados juzguen a los miembros del CUP por los crímenes cometidos contra sus propios nacionales (armenios). Esto en razón a que la nacionalidad de las víctimas podría excluir la calificación de dichas conductas como crímenes de guerra –concebidos para la época como aquellas violaciones a las leyes y costumbres de la guerra contra nacionales de otros Estados, precisamente por la circunscripción de este cuerpo normativo a los conflictos armados de carácter internacional–. Por esta razón, la Comisión, con el fin de tratar de cubrir este vacío, busca incluir a través de esa cláusula Martens las “violaciones a las leyes de la humanidad”, que referían crímenes cometidos contra sus nacionales³⁴.

³⁰ Para juzgar las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, donde encontramos el delito de terrorismo, los Aliados en el artículo 228 le otorgan competencia a sus tribunales militares sin importar los juicios que llevasen a cabo (por los mismos hechos) tribunales alemanes.

³¹ En el caso del Káiser, el asilo ofrecido por Holanda llevó a la frustración de la creación del Tribunal internacional y por ende de su juzgamiento. En cuanto a los responsables de cometer violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, el único juicio que recibieron fue llevado a cabo en Leipzig, Alemania, después de serias “negociaciones” entre los Aliados y dicho país para dar cumplimiento, aunque fuera de manera simbólica, al artículo 228 del Tratado. Para mayor información ver: Bassiouni, 2002.

³² Traducción no oficial. Texto original: “*the principles of the law of nations as they result from the usages established among civilised peoples, from the laws of humanity and from the dictates of public conscience*”.

³³ Como correctamente lo refiere Bassiouni, este lenguaje fue tomada de la Convención de la Haya de 1907 donde se buscaba evitar dejar por fuera ciertas conductas constitutivas de crímenes de guerra. Esta cláusula es conocida como Cláusula Martens. Cf. Bassiouni, 2002, pp. 262-263, supra 60.

³⁴ Cabe recordar que los actuales crímenes de lesa humanidad tienen como origen esta función de poder conocer a nivel internacional aquellas conductas criminales cometidas contra los nacionales (del Estado del que son nacionales los perpetradores) y que buscan evitar dejar el juzgamiento a los tribunales internos, pues esto seguramente conduciría a la impunidad. La cláusula Martens se expresa por primera vez en el Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899 en los siguientes términos: “Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

El Tratado de Sèvres (1920)³⁵ no restó importancia a este interés de la Comisión e incluyó las recomendaciones contenidas en el Reporte al respecto; sin embargo, estos crímenes no fueron juzgados pues no solo el tratado no entró en vigor al no ser ratificado, sino que en 1923 se concedió una amnistía a los perpetradores de tales conductas³⁶.

4 ACTOS TERRORISTAS EN EL CONTEXTO DE UN CONFLICTO ARMADO

Con posterioridad a la I GM, existen otros referentes del concepto de terrorismo en el conflicto armado. Está por ejemplo la Conferencia de la limitación de armamentos llevada a cabo en Washington en 1922. Durante esta Conferencia se creó la Comisión de Juristas encargada de estudiar los nuevos métodos de guerra existentes desde la Conferencia de la Haya de 1907, así como de preparar reglas en relación con los métodos y medios aéreos utilizados durante la guerra (Friedman, 1972).

Un año después, en 1923, la Comisión presenta un borrador de las reglas de la guerra aérea (Saul, 2006, *supra* 14; *The 1923 Hague Draft Rules Concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare*, 1923; Rodgers, 1923) en cuyo artículo 22 hace referencia expresa a la prohibición del “bombardeo aéreo con el propósito de aterrorizar a la población civil”. Si bien esta es la única referencia expresa, en el marco de este borrador –como lo afirma Saul–, pueden encontrarse otras prohibiciones que implícitamente incluyen la prohibición de realizar bombardeos con fines terroristas. Así, encontramos la prohibición en relación con el bombardeo a objetivos militares cuando este implicaba también un bombardeo indiscriminado a civiles, y la prohibición de usar gases envenenados y armas químicas dado el terror que puede causar su uso entre la población civil (Saul, 2006, *supra* 13; *Washington Convention*, 1922; *The Hague Declaration*, 1907). Si bien no puede afirmarse que durante la I GM ni durante el período de post-guerra existiera costumbre internacional en relación con la prohibición del bombardeo con fines terroristas contra la población civil, ya desde 1918 empezó a presentarse en la doctrina evidencia de lo que podría ser *opinio iuris* para algunos Estados en relación con esta prohibición, al considerar esta conducta como una violación al derecho internacional (Spaight, 1924). Finalmente, dentro del marco jurídico del terrorismo, no puede olvidarse la Convención de Ginebra para la Prevención y la Represión del Terrorismo de 1937 que busca *positivizar* lo que debe entenderse por actos constitutivos de terrorismo y luchar contra estas conductas. Con este fin, la Convención refiere la creación de un Tribunal Penal Internacional que conozca de este crimen (Martínez-Vargas, 2010).

³⁵ Celebrado entre los Aliados (salvo Rusia y Estados Unidos) y el Imperio Otomano con ocasión de la terminación de la Primera Guerra Mundial.

³⁶ Tratado de Lausanne, 1923. Cf. Bassiouni, 2002, p.265, *supra* 60.

No obstante la existencia de este instrumento, en el marco de la II GM, en la Alemania Nazi y en el Japón de Hirohito se configuraron conductas constitutivas de actos de terror en el contexto de una confrontación armada o de la realización de crímenes internacionales. El régimen de represión contra la población civil y los opositores del régimen Nazi, evidencia un ejercicio de violencia generalizada dirigida de manera indiscriminada contra todo aquel que representara un obstáculo a la aplicación de la ideología Nazi y al cumplimiento de sus objetivos. Muchas de esas conductas, constitutivas de actos de terrorismo, fueron realizadas por miembros de las organizaciones declaradas como criminales por el Tribunal de Nüremberg (International Military Tribunal, 1946, *supra* 51).

La SS (Schutzstaffeln), por ejemplo, es calificada por los jueces del Tribunal de Nüremberg, como una organización “creada de manera nominal para actuar como guardaespaldas (de Hitler), pero en la realidad para aterrorizar a los oponentes políticos” (*International Military Tribunal*, 1946, *supra* 51). En el mismo sentido actuó la Gestapo fundada por Göring en 1933 como una policía secreta, cuya “[...] tarea principal era eliminar a los oponentes políticos del Nacional-Socialismo y de Hitler” (*International Military Tribunal*, 1946, p. 179)³⁷.

Miembros de ambas organizaciones acudieron a métodos de terror para cumplir sus objetivos, generando horror entre la población en general. Los campos de concentración, con la esclavitud laboral, los maltratos físicos y psicológicos, las torturas, matanzas y suicidios forzados, entre otros, producían terror a todos aquellos que eran llevados a dichos centros así como a quienes sobrevivían escondidos por el temor que les causaba enfrentar tal destino. El establecimiento de campos de concentración fue un medio de represión utilizado por el régimen Nazi, pero que sin duda cumplió con la finalidad de aterrorizar a la población³⁸ (*International Military Tribunal*, 1946, *supra* 51).

Otros métodos como los experimentos biológicos y bombardeos indiscriminados evidenciaron también esta política de terror en implementación del régimen Nazi. Ben Saul afirma la

³⁷ A su vez es de interés el estudio que realiza sobre el particular caso de los Balcanes Marko Atilla acerca de la revolución, el genocidio y la construcción de la identidad nacional en Bosnia-Herzegovina durante la Segunda Guerra Mundial, narrando el influjo del Nazismo en las acciones que de la mano del terror llevaron a la eliminación sistemática de minorías. Cf. Hoare, 2006.

³⁸ “[...] *In addition to the killing hostages, entire towns were destroyed in some cases; such massacres as those of Oradour-sur-Glane in France and Lidice in Czechoslovakia, both of which were described to the tribunal in detail, are examples of the organized use of terror by occupying forces to beat down and destroy all opposition to their rule. One of the most notorious means of terrorizing the people in occupied territories was the use of concentration camps [...]*”. Igualmente pueden traerse a colación los asesinatos en masa cometidos contra habitantes de guetos que evidenciaban cómo miembros de la SS irrumpían en sus casas y se llevaban a sus familiares. Estas personas eran obligadas a desvestirse, a bajar a fosas, y a acostarse encima de cuerpos inertes para finalmente ser asesinados.

existencia del bombardeo como una política de terror usada por los Aliados contra Alemania y Japón. Así, describe cómo Arthur Harris, un miembro del comando bombardero británico, refirió que el aterrorizar a los líderes alemanes era el medio para lograr el fin de ganar la guerra; pero el terror –que se generaba con el bombardeo– era utilizado no como un efecto colateral sino como el fin para desmoralizar al enemigo (Saul, 2006, *supra* 13). El uso de bombas atómicas y la realización de experimentos médicos sobre prisioneros soviéticos como preparación de una campaña de guerra bacteriológica son métodos que, además de devastación, generan terror entre la población, y que igualmente fueron usados durante la II GM (*International Military Tribunal*, 1946, p. 228, *supra* 51).

Experimentos biológicos se llevaron a cabo también en Oriente por parte de los japoneses, por ejemplo, en la Manchuria desde 1934 a 1945, y aun después de la guerra, sobre miles de prisioneros chinos³⁹. En la Unidad 731 ubicada en Pingfan y bajo la dirección del general japonés Ishii Shiro, se experimentó sobre seres humanos la utilización de patógenos como armas biológicas. Detonación de bombas biológicas, aspersión de bacterias desde aviones sobre la población civil, contaminación de campos de batalla con enfermedades infecciosas, introducción de pulgas infectadas en zonas específicas, contaminación de la comida y de las aguas con gérmenes de cólera y tifus, son algunos de los experimentos y de las armas de tipo biológico que se utilizaron como “estrategia” de guerra causando terror entre la población china en general⁴⁰. Otro ejemplo de conductas que perpetradas de manera indiscriminada generaron terror entre la población civil en Oriente, con ocasión de conflictos armados, es el de las masacres y violaciones ocurridas en Nanking en diciembre de 1937 cuando los soldados japoneses se tomaron la ciudad y violaron y asesinaron a mujeres y niños⁴¹. También sufrieron torturas siendo mutilados, quemados o congelados hasta la muerte, y obligados a enterrar vivos a pobladores, para después ser enterrados vivos por el siguiente grupo de víctimas. Aproximadamente un tercio de la ciudad fue destruida y 260.000 personas fueron víctimas de la masacre japonesa en Nanking reinando el terror entre sus habitantes (Chang, 1998).

Terminada la II GM, la sociedad internacional se encamina decidida a la creación de un Tribunal Penal Internacional que se encargue de no dejar en la impunidad los crímenes

³⁹ Los experimentos médicos y biológicos se llevaron a cabo en distintos centros de investigación denominados unidades, también sobre soldados y civiles rusos, coreanos y mongoles.

⁴⁰ Para mayor información ver: Guillemin, 2005.

⁴¹ Los niños, y en general la población de Nanking, fueron víctima de asesinatos: concursos de homicidios entre los soldados japoneses y hurto de cosas de valor a los transeúntes causando su muerte en caso de carecer de algún objeto valioso para entregar, son ejemplos de la forma en que se llevaron a cabo las masacres.

cometidos durante la guerra (aunque nuevamente sólo aquellos cometidos por los vencidos). Así, mediante el Acta de Londres del 8 de agosto de 1945, las potencias vencedoras dispusieron la creación de un Tribunal Militar Internacional que juzgaría las conductas criminales cometidas por los vencidos durante la II GM. Como anexo al Acta, se estableció la Carta (Estatuto) de Nüremberg –lugar donde tendría sede el Tribunal y se llevarían a cabo los juicios–.

El artículo 6 del Estatuto contempla los crímenes de la competencia del Tribunal circunscribiéndola materialmente a tres categorías: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. El terrorismo, aunque reconocido como conducta perpetrada por los vencedores durante la guerra⁴², no se encontraba dentro de esta lista. Sin embargo, existen distintas manifestaciones que evidencian la convicción que existió sobre la ocurrencia de esta conducta durante la II GM, así como sobre la necesidad de su investigación y juzgamiento. Al igual que en la I GM, previa a la culminación de la II GM ya existían manifestaciones relacionadas con los crímenes cometidos, pero esta vez más directamente con el terrorismo y las acciones de terror ocurridas durante el conflicto.

En 1942 la Comisión para el Castigo de los Crímenes de Guerra, conformada por nueve países Aliados, hizo una declaración manifestando que Alemania había “instituido en los territorios de ocupación un régimen de terror” (Saul, 2006, pp. 282-283, *supra* 13). En junio de 1943 la Asamblea Internacional de Londres, creada dos años antes y conformada por los designados de los gobiernos de los países Aliados, presenta un informe donde sugiere la creación de una Corte Penal Internacional con jurisdicción⁴³ sobre algunos crímenes de guerra, dentro de los que se incluyó el “terrorismo sistemático” de acuerdo con el reporte final dado en octubre de 1943.

Hacia el mismo año, la Comisión de los Crímenes de Guerra de las naciones unidas⁴⁴ tomó como referencia la lista de violaciones a las leyes y costumbres de la guerra

⁴² Para las delegaciones a la Conferencia Internacional sobre juicios militares de Estados Unidos y de Gran Bretaña, conductas terroristas fueron perpetradas por Alemania como parte de la guerra de agresión, subsumiendo así el terrorismo dentro de un crimen de la competencia del Tribunal, esto es, los crímenes contra la paz. Al respecto ver: Saul, 2006, pp. 284-285, *supra* 14.

⁴³ Para una lista sobre los aspectos que determinaban la jurisdicción de dicha corte, ver: Alfaro, s. f.

⁴⁴ Se hace la referencia en minúscula para evitar la confusión que se pueda generar con la actual organización internacional de igual denominación que surge en 1945 a partir de la Carta de San Francisco y con ocasión de la culminación de la Segunda Guerra Mundial con el propósito de evitar este tipo de conflictos y en ese sentido mantener y promover la paz y la seguridad internacional. Las “naciones unidas” a las que se hace mención en este párrafo, se refieren al conjunto de países aliados que participaron en la Conferencia Internacional de Washington llevada a cabo en 1942. Cf. Werle, 2005, p. 50, *supra* 12.

consagrada en el Reporte de la Comisión de 1919, estableciendo como un crimen de guerra el “terrorismo sistemático”.

En 1945, se celebró en Londres la Conferencia Internacional sobre juicios militares de donde se extraen dos referencias relacionadas con terrorismo. En primer lugar está la propuesta de Gran Bretaña para establecer un tribunal militar que se encargara de juzgar conductas criminales cometidas durante la II GM incluyendo el “terrorismo sistemático”. En segundo lugar, está la evocación que hace la URSS sobre la Convención de Terrorismo de 1937, con el fin de que dicho crimen se incluyera dentro de la competencia material del Tribunal Militar Internacional (Saul, 2006, pp. 282-284, *supra* 13); sin embargo, como ya se mencionó, no fue incluido en la Carta de Nüremberg.

Como consecuencia, la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (TMI) tampoco incluye en su parte resolutive una condena por terrorismo. Sin embargo, referencias a esta conducta cometida por los vencidos durante la II GM se dan tanto por la Fiscalía en el escrito de acusación, como por los jueces en el *obiter dictum* de la sentencia. El cargo número 1 refiere la existencia de un plan común o conspiración por parte del régimen Nazi para librar una guerra de agresión en la búsqueda y adquisición de control totalitario de Alemania, plan común que, de acuerdo con el escrito de acusación, se desarrolló y ejecutó con el uso de prácticas terroristas. En igual sentido se pronuncia el Tribunal, acogiendo la tesis de la Fiscalía al afirmar que “la toma del poder por parte de los Nazis, el uso del terror, la destrucción de sindicatos, [...] fueron pasos tomados de manera deliberada para llevar a cabo el plan común” (*International Military Tribunal*, 1946, p. 222, *supra* 52)⁴⁵. En relación con el cargo sobre las matanzas y tratos crueles a la población civil en, o de territorios ocupados, refiere el escrito de acusación su comisión con el propósito de sistemáticamente aterrorizar a sus habitantes. En igual sentido se refiere el Tribunal cuando bajo el análisis de este cargo hace un recuento de estas conductas así como del internamiento en campos de concentración (Cf. Saul, 2006, p. 285, *supra* 14; *International Military Tribunal*, 1946, p. 231, *supra* 52).

Muchas otras referencias a actos terroristas o al terrorismo como tal se extraen de estos dos documentos. Pero en términos generales puede afirmarse que tanto la Fiscalía como el Tribunal hicieron referencia expresa a esta conducta, si bien no como un crimen autónomo de la competencia del Tribunal, sí como el reconocimiento de la existencia de

⁴⁵ Traducción no oficial. Texto original: “*The ‘seizure of power’ by the Nazis, the use of terror, the destruction of trade unions... are said to be steps deliberately taken to carry out the common plan*”.

una conducta criminal perpetrada por los vencidos en el contexto de la comisión de otros crímenes. Así, está el ya mencionado cargo número 1 en relación con la guerra de agresión, es decir, en el contexto de los crímenes contra la paz; igualmente los crímenes de lesa humanidad y de guerra cuando se cometían masacres contra la población civil, mataban a los rehenes y destruían pueblos enteros (Saul, 2006, p. 286, supra 14).

Esto, por supuesto, no pretende desconocer la afirmación hecha por Saul en el sentido de que muchas de las referencias hechas sobre terrorismo, lejos de denotar un concepto jurídico, denotaban una connotación política, retórica o descriptiva (Saul, 2006, p. 282). Sin embargo, es claro igualmente que se evidenciaba la perpetración de actos terroristas con ocasión de uno de los tres crímenes de la competencia del Tribunal de Nüremberg. Como ocurrió de manera similar con el crimen de genocidio, que si bien para la época no se encontraba definido, el escrito de acusación hace referencia al mismo con ocasión de la comisión de crímenes de lesa humanidad; sin desconocer por esto la naturaleza criminal de dicha conducta.

Pero las referencias a terrorismo no se limitan al TMI. Los juicios llevados a cabo en las zonas de ocupación por la competencia otorgada mediante la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado⁴⁶, refieren también la perpetración de actos de terror durante la II GM. Algunas referencias se encuentran en el caso *United States v. Josef Altstoetter et al*, conocido como “*Justice Case*” en el que el Tribunal III afirmó que la evidencia permitía concluir que algunos de los acusados “emplearon el Ministerio de Justicia como un medio para exterminar a las poblaciones judías y polacas, para aterrorizar a los habitantes de los territorios ocupados y para acabar la oposición militar en casa” (Taylor, 1949)⁴⁷.

Así mismo, en el caso conocido como “*The Flick Case*”, el Tribunal IV reafirmó la concepción del Reich como un régimen de terror (Taylor, 1949, p. 187), igual que en el “*Hostage Case*” en el que 12 miembros del ejército fueron acusados de cometer crímenes de guerra durante la ocupación hecha a Yugoslavia, Albania y Grecia y en que el Tribunal afirma: “los disparos masivos hacia la población inocente, la deportación para esclavitud laboral y la destrucción indiscriminada de la propiedad pública y privada, no solo en Yugoslavia y Grecia sino en muchos otros países, le da crédito a la afirmación de que el

⁴⁶ La Ley fue expedida por el Consejo de Control Aliado el 20 de diciembre de 1945 con el fin de investigar y juzgar crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos (por los vencidos) en las zonas de ocupación durante la Segunda Guerra Mundial.

⁴⁷ Citando las Transcripciones del juicio, 10624 (Traducción no oficial).

terrorismo y la intimidación era la solución aceptada a toda y a cualquier oposición a la voluntad [alemana]” (Taylor, 1949, p. 206). En el mismo caso, en relación con la evidencia que afirmaba la comisión de crímenes de guerra y la responsabilidad de miembros del régimen Nazi, el Tribunal cita la declaración de los acusados donde afirman que “de manera continua protestaban en contra de las órdenes de superiores dictadas de conformidad al plan de terrorismo e intimidación” (Taylor, 1949, p. 206).

Por último, están los juicios llevados en Oriente con ocasión de las conductas cometidas durante la II GM. El 19 de enero de 1946 el comandante supremo de las Potencias Aliadas, Douglas MacArthur, expide un decreto que será el sustento jurídico para la creación del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TMLO) con sede en Tokio. Igualmente, crea la Carta de dicho Tribunal, que en el artículo 5 consagra la competencia material por crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad y crímenes convencionales de guerra.

En este caso, no hay juzgamientos por terrorismo; no solo la competencia material del Tribunal no contempla dicha conducta y carecen de referencias expresas a la misma el escrito de acusación y el juicio como tal, sino que uno de los episodios mencionados en relación con la comisión de actos que generan terror en Oriente –la realización de experimentos y utilización de armas biológicas–, no fue objeto de juzgamiento por parte del TMLO al existir un acuerdo secreto previo entre Estados Unidos y Japón, consistente en entregar la información sobre el desarrollo científico de las armas biológicas a cambio del no juzgamiento de los japoneses involucrados en tales experimentos (Guillemin, 2005, p. 76, supra 80). De esta manera, los únicos juicios que enfrentaron los japoneses por tales conductas se dieron en la ciudad de Jabárovsk en la Unión Soviética en diciembre de 1949, siendo acusados y condenados por crímenes de guerra y no por terrorismo⁴⁸.

En cuanto a las masacres de Nanking, si bien fueron inicialmente contempladas en el escrito de acusación en un cargo específico, (cargo 45 sobre “matanzas”) a la hora de pronunciarse el TMLO, no lo hizo respecto a este cargo pero sí en relación con los crímenes ocurridos en Nanking como sustento general de distintos cargos; atendiendo así a la decisión de la Fiscalía de utilizar la evidencia de lo ocurrido en Nanking como sustento de los cargos de “conspiración para cometer crímenes de guerra convencionales y crímenes contra la humanidad” (Brook, 2001).

⁴⁸ Una transcripción parcial de los juicios se encuentra en *Materials on Trial of Former Servicemen of the Japanese Army Charged with Manufacturing and Employing Bacteriological Weapons (1950)*.

5 CONCLUSIONES

El terrorismo, desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional, se enmarca dentro de la categoría de los crímenes de derecho internacional al cumplir con las características propias de estos crímenes en oposición a los delitos ordinarios o transfronterizos. Si bien una identificación del crimen de terrorismo como un crimen autónomo o subsumido por otra de las categorías de crímenes de derecho internacional reconocidas por el ER, es un tema de trascendental discusión, es igualmente importante y requiere primera atención la categorización de dicho crimen como perteneciente o no a los crímenes de derecho internacional.

Las referencias encontradas en algunos de los hechos acaecidos en la primera mitad del siglo XX en medio de las dos confrontaciones globales, demostraron la interrelación entre el terrorismo y los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra y la agresión. Es así, como la referencia convencional que se hace del terrorismo en fuentes propias del DPI, está mayoritariamente relacionada con el DIH y los crímenes de guerra, sin excluir acciones propias del terrorismo que se cometieron con ocasión o con relación a otro crimen de derecho internacional.

La categorización autónoma de este crimen, el subsumirlo dentro de alguno de los crímenes internacionales, o la utilización del concepto de terrorismo como un elemento más de un tipo penal internacional existente, son algunas de las opciones que buscan responder el interrogante relacionado con la autonomía del crimen internacional de terrorismo. Claramente, no tendrá un camino expedito; de hecho será largo y tortuoso, pues lograr acuerdo sobre estas opciones, así como consensuar la voluntad política de los Estados, parece tarea de difícil consecución pero de necesario análisis.

REFERENCIAS

Adacti, M. (1920). Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties. Report presented to the Preliminary Peace Conference, March 29, 1919. **American Journal of International Law**, 14.

Alfaro, R. J. (Special Rapporteur) (s. f.). Report on the question of the International Criminal Jurisdiction. (A/ CN.4/15 and Corr.1). **International Law Commission**.

Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma (2010). **Resolución RC/Res. 6**.

Asúa, B. (2002). Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de su finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental. En Echano, J. I. (Coord.) **Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón** (41-86). Bilbao: Universidad de Deusto.

Barrie, A. (1962). **War underground**. Londres: Frederick Muller.

Barton, P.; Doyle, P. & Vandewalle, J. (2005). **Beneath flanders fields: the tunnellers' war, 1914–1918**. Montreal and Kingston, Ithaca: McGill-Queen's University Press.

Bassiouni, Ch. (1987). **International Criminal Law**, I. Dordrecht, Boston, Lancaster: Martinus Nijhoff.

_____. (2002). World war I: the war to end all wars and the birth of handicapped International Criminal Justice System. **Denver Journal of International Law and Policy**, 30 (3).

Borg, A. (1991). **War memorials from antiquity to the present**. Londres: Leo Cooper.

Brook, T. (2001). The Tokyo judgment and the rape of nanking. **The Journal of Asian Studies**, 60 (3).

Bruneteau, B. (2009). **El siglo de los genocidios**. Madrid: Alianza.

Comité Internacional de la Cruz Roja (1977). Comentario al Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. Recuperado de http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/950B5D7D9CEA18B2C1256E2100501C7D?OpenDocument&Style=Custo_Final.3&View=defaultBody10#2

Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties (1919). Report Presented to the Preliminary Peace Conference (Marzo 29, 1919). Annex I. **Convención de Ginebra para la Prevención y la Represión del Terrorismo** (1937).

Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948).

IV Convención de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (1949).

Chang, I. (1998). **The rape of nanking**: the forgotten holocaust of world war II. New York: Penguin.

Dadrián, V. N. (1993). The secret young-turk ittihadist conference and the decision for the world war. **Genocide of the Armenians, Holocaust and Genocide Studies**, 7 (2).

Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma. **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional** (1998).

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (1993) adoptado por la Resolución 827 de 1993 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994). Anexo II de la Resolución 955 de 1994 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Friedman, L. (1972). **The law of war**: a documentary history, I. New York: Random House.

Fussel, P. (1975). **The great war and modern memory**. Londres: Oxford University Press.

Gil, A. (1999). **Derecho penal internacional**. Madrid: Tecnos.

Gilbert, M. (1970). **First world war atlas**. Londres: Windenfeld and Nicolson.

Greppi, E. (1999). The evolution of individual criminal responsibility under international law. **International Review of the Red Cross**, (835).

Guillemin, J. (2005). **Biological weapons**: From the Invention of State-Sponsored Programs to Contemporary Bioterrorism. New York: Columbia University Press.

Hensel, H. (Ed.). (2007). **The law of armed conflict**: constraints on the contemporary use of military force. Burlington: Ashate.

Higgins, R. (1997). The General International Law of terrorism. En Higgins, R. & Flory, M. (Edit.) **Terrorism and international law**. (13-29) London: Routledge.

Hoare, M. A. (2006). Genocide and resistance in Hitler's Bosnia. The partisans and the chetniks 1941 – 1943, Postdoctoral Fellowship Monograph. New York: Oxford University Press.

Hoffman, B. (2008). The myth of grass-roots terrorism: why Osama bin Laden still matters (comments). **Foreign Affairs**, 87 (3).

Informe del grupo de trabajo sobre el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional. (A/CN.4/L.491/ Rev. 2 del 14 de Julio de 1994).

International Law Commission. (1996). Draft code of crimes against the peace and security of mankind. (ILC Report, 48th Session, May 6-July 26, 1996, UN Doc A/51/10, article 20, f, iv).

International Military Tribunal. (1946). Judgment and sentences, 1 October, 1946. **American Journal of International Law**, 41 (1).

Jordán, J. (2004). El terrorismo y la transformación de la guerra: consideraciones sobre la lucha global de AlQuaida. En **Anuario de Derecho Internacional**, Tomo XX (410). España: Universidad de Navarra.

Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado, (1945).

Marulanda, J. (2007). **Terrorismo en Colombia: ¿un delito inútil?** Bogotá: José Gregorio Hernández Galindo.

Martínez-Vargas, J. R. (2010). Los actos terroristas como actos de agresión y sus consecuencias en el ejercicio de la legítima defensa: énfasis en el sistema interamericano y con ocasión al caso colombiano. (Tesis inédita doctoral). Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España.

Materials on trial of former servicemen of the Japanese army charged with manufacturing and employing bacteriological weapons. (1950). Foreign Languages.

Mateus-Rugeles, A. (2010). Genocidio y apología al genocidio. En Castro, C. (Ed.), **Manual de derecho penal: parte especial** (pp. 4 – 55). Bogotá: Rosaristas.

Mateus-Rugeles, A., Varón, A., Londoño, B., Luna, B. & Vanegas, M. (2010). **Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia**: aspectos desde el derecho internacional, derecho penal y las organizaciones no gubernamentales. Bogotá: Avil.

Nsefum, J. (1985). **El delito de terrorismo**. Madrid: Montecorvo.

Olásolo, H. & Pérez, A. (2008). **Terrorismo internacional y conflicto armado**. Valencia: Tirant lo blanch.

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General (s. f.). (A/RES/44/39).

Pablo, G. (comp.). (2003). **Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas**. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot.

Prosecutor, V. Satnislav, Galic, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment in the Trial Chamber I, December 5, 2003, Case No. IT-98-29-IT.

Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (1977) relativo a la protección de las víctimas en conflictos armados de carácter internacional.

Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 (1977) relativo a la protección de las víctimas en conflictos armados de carácter no internacional.

Redzic, E. (2005). **Bosnia and Herzegovina in the second world war**. London: Frank Cass.

Rodgers, W. (1923). The Laws of war concerning aviation and radio. **American Journal of International Law**, 17.

Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. (coord.). (2002). **Fuentes del derecho internacional humanitario**: derecho internacional humanitario. Valencia: Tirant lo blanch.

Saul, B. (2006). **Defining terrorism in international law**. Oxford: Oxford University Press.

Schuman, M. A. (2004). **Nations in transition**. New York: Chelsea House.

Spaight, J. (1924). **Air power and war rights**. London: Green and Co.

Taylor, T. (1949). Final report to the secretary of the army on the Nuremberg war crimes. (Trials under Control Council Law N.º 10). Washington D.C.

The Hague Declaration (1907).

The 1923 Hague Draft Rules (1923) concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare.

Tratado de Lausanne (1923).

Tratado de Sévres (1920).

Tratado de Versalles (1919).

Trumpener, U. (1968). **Germany and the Ottoman Empire 1914-1918**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Vaknin, S. (2004). **Terrorists and freedom fighters** (2ª. ed.). Skopje: Lidija Rangelovska A Narcissus.

Velásquez-Ruiz, M. A. (2009). The principles of distinction and proportionality under the framework of international criminal responsibility: content and issues. **International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional**, 14, (15-42).

Washington Convention (1922).

Werle, G. (2005). **Tratado de derecho penal internacional**. Valencia: Tirant lo blanch.

Williams, S. Jr. (1991). **Austria – Hungary and the origins of the first world war**. Londres: Macmillan.

Submissão em: outubro de 2010
Pareceres favoráveis em: novembro de 2010

Respeito à Igualdade pela Diferença: o contexto das políticas públicas e a questão quilombola no Maranhão

MARIA APARECIDA DE MORAES SILVA*

MARIVÂNIA LEONOR SOUZA FURTADO**

Resumo: Ao analisar a dimensão teórica das políticas públicas, este artigo traz à tona a necessidade de investigação do lugar do estado nacional, enquanto uma instituição criada para implementar políticas e programas que garantam de maneira “igual” o direito de “todos” e respeite as especificidades dos cidadãos inseridos em sua esfera territorial. Para que tal objetivo se cumpra necessário se faz a execução de políticas de cunho universalista. Tais políticas revelam uma faceta da atual crise da sociedade moderna que é a problemática da desigualdade e da exclusão. A partir de um referencial teórico-metodológico que privilegia a análise dialética dos fenômenos abordados e através da técnica do estudo de caso, buscou-se compreender as contradições da inserção, no plano dos direitos formais, dos segmentos étnico-raciais, sobretudo no que diz respeito à política de demarcação territorial, resguardando-se o direito de igualdade, sem aniquilar as diferenças formadoras de suas etno-territorialidades. O contexto das políticas públicas na atualidade, e aqui privilegiada a questão da territorialidade quilombola no Brasil e em especialmente no Maranhão permite refletir sobre as possibilidades e impasses de se lidar com as diferenças dentro dos marcos do Estado moderno. Introduzindo a questão: o lugar da diferença na sociedade moderna. A formação da sociedade moderna se dá num processo histórico lento, porém contundente, marcado por transformações que incidiram sobre todos os aspectos da vida humana: econômico, religioso, político, social e cultural, dentre outros.

RESPECT TO EQUALITY IN IT'S THE DIFFERENCE: the context of public policies and the subject quilombola in Maranhão State

Abstract: By thoroughly examining the theoretical dimension of public policy, this article brings out the real need of researching the role of the National State as an institution created to implement policies and programs which guarantee “equal” rights to “all” and as an institution that respects

* Prof.^a Dr.^a do Programa de Pós-Graduação 81 em Geografia da UNESP/Presidente Prudente e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar

** Prof.^a Ms. do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e do UNICEUMA. Doutoranda em Geografia/UNESP-Presidente Prudente.

citizens' specificities when inserted in their own territorial sphere. For this purpose to be achieved, it becomes necessary that policies of universal nature are carried out. Such policies reveal a facet of the actual crisis in modern society which is the problematical of inequality and exclusion. From a theoretical and methodological reference point that emphasizes the dialectical analysis of the phenomenon approached, and through the technique and the case study, we tried to comprehend the contradictions of insertion, in terms of formal rights, from ethnic-racial segments especially regarding the policy of territorial demarcation, safeguarding the right to equality without destroying the forming differences of their ethno-territoriality. The context of public policy today, and here now favouring the matter of the Quilombolas territoriality in Brazil, especially in Maranhão, allows us to think over on the this dilemmas and the possibilities of dealing with these differences within the boundaries of the State.

1 INTRODUZINDO A QUESTÃO: O LUGAR DA DIFERENÇA NA SOCIEDADE MODERNA

A formação da sociedade moderna se dá num processo histórico lento, porém contundente, marcado por transformações que incidiram sobre todos os aspectos da vida humana: econômico, religioso, político, social e cultural, dentre outros.

Sob o aspecto econômico, verificou-se uma ampla transformação no mundo do trabalho o que determinou, inclusive, novos métodos de abordagens históricas e científicas de como analisar os fenômenos postos pela redefinição das relações de produção, surgindo assim o materialismo histórico como ferramenta teórica para analisar a nova sociedade em formação, bem como para classificar os embates travados anteriormente a essa configuração social e que, de certa forma, lhe possibilitaram germinar como sociedade “moderna”.

Observando pelo aspecto religioso, a queda do teocentrismo e a consequente consolidação do racionalismo, abrindo caminho para o soerguimento do iluminismo e seus ideais de igualdade e liberdade, cimentam a linguagem comum da sociedade moderna que abraça a noção de direitos universais, baseados no uso da razão e na condução de políticas niveladoras da desigualdade, a fim de se concretizar os valores humanitários “conquistados” em tal sociedade moderna.

A formação dos Estados Nacionais, por seu turno, apresenta-se na modernidade como a possibilidade de gerenciamento da coisa pública, estendendo aos partícipes de um determinado território o acesso às condições e oportunidades de garantia da condição de

vida humana digna e superior à vivenciada em períodos anteriores, sobretudo no extenso período da servidão.

Do ponto de vista das conquistas sociais advindas com a modernidade, citam-se a organização burocrática das relações sociais, o que impediria os privilégios e segregacionismos por questões de origem familiar; ressaltam-se as novas instituições que estruturam a sociedade moderna cujo papel de socialização dos indivíduos é imprescindível na atual configuração social, tais como a escolarização em todos os níveis; os sindicatos, as associações representativas de interesses comuns, os partidos políticos, dentre outros.

Todos esses elementos, apresentados de forma sucinta, conjugam-se para a percepção dos avanços e impasses vividos na atual fase de “desenvolvimento” do mundo moderno.

A análise de políticas públicas traz à tona a necessidade de investigação do lugar do estado nacional, enquanto uma instituição criada para implementar políticas e programas que garantam de maneira “igual” o direito de “todos” e respeite as especificidades dos cidadãos inseridos em sua esfera territorial.

2 A IGUALDADE “NECESSÁRIA” AO ESTADO-NAÇÃO

Os Estados Nacionais formaram-se, historicamente, como fruto do desenvolvimento dos Estados Absolutistas. O Estado Absolutista, como instituição que formalizaria o uso legítimo da força física, surgiu no século XVI, tendo nas monarquias centralizadas dos principais países (França, Inglaterra e Alemanha) a ruptura decisiva com a soberania piramidal e parcelada das formações sociais medievais, cujas características baseavam-se no sistema de grandes propriedades e de vassalagem (ANDERSON, 1995, p. 15).

Seguindo a mesma concepção, a despeito das controvérsias que existem sobre a natureza das monarquias absolutistas e suas transformações em Estados Modernos, Marx (1992) aponta que o nascimento do Estado Burguês se verificou com o refinamento destas monarquias. Textualmente afirma:

Como embrião do estado moderno de caráter burguês ou capitalista, temos monarquias absolutistas as quais historicamente, introduziram os exércitos regulares, uma burocracia permanente, o sistema tributário nacional, a codificação do direito e os primórdios de um mercado unificado. Todas essas características parecem eminentemente capitalistas (MARX, 1992, p. 203).

A consolidação de um determinado Estado Nacional pressupunha a homogeneização de diferentes povos, com distintas línguas, crenças e tradições, forçosamente reduzidas à esfera de um país, com fronteiras espaciais delimitadas e a constituição de um poder central criado à revelia do conhecimento das concepções internas dos povos formadores do tal “estado-nação”.

A tentativa de uniformização “nacional” se dá a partir de políticas assimilacionistas, fazendo parte da história dos Estados Modernos a perseguição sistemática a todas as formas de diversidades dentro dos territórios nacionais, fossem elas linguísticas, culturais, políticas, produtivas, etc. (THOMAZ, 1995; KYMLICKA, 1996; HALL, 1997; GUIBERNAU, 1997).

Com o surgimento do Estado Moderno nasce, também, um sujeito moderno; ou seja, a classificação do indivíduo dentro dessa esfera de direitos e deveres regulados pela nova configuração social. A sociedade moderna, como toda e qualquer sociedade, além de produzir o indivíduo médio, define também o estranho. De forma sintética, como afirma Bauman (1997), os estranhos são aqueles que não estão insertos no repertório cultural padronizado que impõe valores morais ou estéticos do mundo. Esse autor classifica duas formas de como o Estado Moderno tem lidado com esses estranhos: uma, antropofágica; outra, antropeômica.

A estratégia antropofágica para uniformizar as nações e reduzi-las a um determinado Estado Nacional, consistia na aniquilação dos estranhos que eram devorados e depois transformados num tecido indistinguível do que já havia. Essa é a estratégia da assimilação, como dito anteriormente. Nessa perspectiva, o objetivo é tornar a diferença semelhante, abafar as distinções culturais ou linguísticas; proibir todas as tradições e lealdades, exceto as destinadas a alimentar a conformidade com a nova ordem e que tudo abarca (BAUMAN, 1997, p. 28-29).

Por sua vez, a estratégia antropeômica consiste na exclusão sistemática do estranho e no seu confinamento em guetos ou isolá-los de qualquer comunicação com os de dentro. O objetivo era vomitá-los, bani-los dos limites do mundo ordeiro administrado ou administrável. Nessa estratégia, se nenhuma das alternativas, a do banimento ou da exclusão, surtisse o efeito de pureza desejada, o passo seguinte seria a destruição física desse estranho.

De modo geral, a sociedade moderna tem lidado com o estranho como anomalia a ser retificada entendida como temporária, em vias de extinção ou transitória enquanto uma

etapa inferior num “estágio de evolução”. A atuação do Estado Moderno para garantir a unidade nacional e o “bem comum” passa, necessariamente, pela implementação de políticas universalistas que atinjam tais objetivos. O entendimento de políticas universalistas levanta a questão, de uma faceta atual da crise da sociedade moderna que é a problemática da desigualdade e da exclusão. Segundo Santos (1999), a desigualdade e a exclusão são dois sistemas de pertença hierarquizada. No primeiro, a desigualdade, a pertença dá-se pela integração subordinada, enquanto no sistema de exclusão, a pertença ocorre pela própria exclusão.

Como o sistema de desigualdade é gestado pela própria situação de classes, torna-se necessária a existência “dos de baixo” para assegurar o edifício contraditório e favorável “aos de cima”. No caso da exclusão, estar em baixo significa estar fora, “não ser”. Tanto a desigualdade, como a exclusão, enquanto forma de pertença hierarquizada, permitem diferentes graus de manifestação. O grau extremo da exclusão é o extermínio. O grau extremo da desigualdade é a escravatura (SANTOS, 1999).

No sistema capitalista a luta contra a desigualdade e a exclusão é disposta ideologicamente através da noção de políticas universalistas. De conteúdo essencialista, as políticas universalistas podem assumir formas contraditórias: o universalismo antidiferencialista que opera pela negação das diferenças e o universalismo diferencialista que opera pela absolutização da diferença.

Textualmente, Santos (1999) afirma: “o primeiro inferioriza pelo excesso de semelhança, o segundo pelo excesso de diferença.”.

Cabe ao Estado, enquanto artífice da coesão social numa sociedade dividida em classes e pluricultural em termos de pertenças étnico-raciais, linguísticas, sexuais, religiosas dentre outras, manter a desigualdade dentro dos limites de não inviabilidade da integração subordinada. Para fazer essa partilha são necessários critérios, cuja definição se espera do pensamento científico. O problema é que, no mais das vezes, as formulações teóricas operam com as mesmas categorias estigmatizadas, sem proceder a crítica necessária.

De forma exemplar, os próprios conceitos de políticas públicas, desenvolvimento sustentável, política territorial, dentre outros estão imbuídos de naturalização como se quisessem dizer, o que não deve ser dito, ou negar o que poderiam dizer.

Como inserir, portanto, no contexto das políticas públicas os segmentos étnico-raciais e demais minorias, formadores da complexa realidade brasileira e sobretudo maranhense, resguardando-se o direito de igualdade, sem aniquilar as diferenças formadoras de suas etno-territorialidades?

O debate sobre a (des)colonialidade do saber tem apontado novos paradigmas de análise para a questão da implementação de políticas públicas visando ao desenvolvimento humano, sob novas bases. A principal ruptura seria com a noção de desenvolvimento enquanto um “processo civilizatório” do capitalismo e coloca como contraponto os saberes locais como forma de impacto e redefinição do que seria o capitalcentrismo desenvolvimentista (ESCOBAR, 2005).

3 A TERRITORIALIDADE E A (DES)MARCAÇÃO DA DIFERENÇA: A QUESTÃO QUILOMBOLA NO MARANHÃO

Atualmente, a gestão do território, sobretudo em decorrência do processo da globalização, assume novos contornos e compartilhamentos e se vincula, sobretudo por parte da gestão pública, aos valores ditados pelo do mercado. De maneira contraditória, “a territorialização dos espaços produtivos globais representa a desterritorialização de espaços nacionais e ou locais.” (VIEIRA; VIEIRA, 2003).

Por outro lado, o poder e a gestão do território nos grandes e complexos centros econômicos e políticos ou bloco regionais, enfrentam a realidade histórica de cada grupo social, as desigualdades em seus (des)envolvimentos, suas distintas formas simbólicas e níveis sociais. Essas realidades tornam-se irredutíveis às políticas homogeneizadoras, o que impulsiona um repensar das práticas e a implementação de novas formas de gestão de territórios. A conformação histórica de demarcação espacial influencia, sobremaneira, nas ocupações coletivas e como estas entendem o “viver”, ou seja, como dão significados às suas existências social, cultural e política. Dessa forma, o Maranhão, enquanto um espaço político, formalmente constituído, apresenta uma intensa diversidade quanto ao uso e ocupação territorial. Do ponto de vista da diversidade étnica tem sido território de disputa de nações indígenas, regionais e quilombolas.

O Maranhão é considerado uma sociedade escravista tardia. Foi no fim do século XVIII que se desenvolveu mais fortemente uma escravidão agrícola na região, ainda que desde o século anterior escravos africanos tivessem sido utilizados como mão de obra (ASSUNÇÃO, 1996, p. 434).

A partir da fundação da Companhia do Comércio do Grão-Pará e Maranhão, houve um crescimento significativo de povos africanos escravizados na região. Até 1755, calcula-se que entraram três mil escravos no Maranhão. No período de existência da Companhia, entre 1755 e 1777, este número saltou para doze mil (SANTOS 1983, p. 14-15). A entrada crescente desses africanos culminou com a chegada de 41 mil pessoas entre 1812 e 1820. Como resultado desse processo, conta-se que às vésperas da Independência, a população maranhense era composta de 55% de africanos escravizados. Tal estatística correspondia à mais alta porcentagem de população escravizada no Império. A população de africanos escravizados concentrava-se nas fazendas situadas na baixada ocidental e nos vales dos rios Itapecuru, Mearim e Pindaré. Esses locais tinham grandes quantidades de matas, rios e riachos, aspectos decisivos no momento de ocupação dos territórios pelos colonizadores. Entretanto, essa ocupação se deu de maneira rarefeita e devido às características inóspitas, criou condições para a criação de quilombos em cabeceiras de rios e locais mais distantes nas florestas. Tratavam-se de lugares que escapavam ao controle do Estado, permitindo que os quilombos se multiplicassem e suas populações se sentissem relativamente seguras. Sabe-se da existência de quilombos no Maranhão desde o início do século XVIII, porém eles tornaram-se “um fenômeno endêmico da sociedade escravista com a chegada da grande quantidade de escravos nos últimos anos daquele século (ASSUNÇÃO, 1996, p. 436).

Mesmo que não seja possível precisar a quantidade de quilombos existentes desde esse período até a abolição da escravatura, tem-se afirmado que no Maranhão havia poucas fazendas escravistas sem quilombos à sua volta. Como resultado de todo esse processo histórico, constata-se, atualmente, que em pelo menos 134 dos 217 municípios maranhenses existem, atualmente, comunidades quilombolas. A história de formação de tais ocupações territoriais varia. Algumas se originaram da fuga dos cativos, enquanto outras por meio de compra ou herança de terras, conquistadas após longo período de trabalho escravo, outras pelo abandono dos senhores após crises econômicas, dentre outros. Seja qual tenha sido o caminho para sua formação, o “quilombo” possibilitou aos africanos e afrodescendentes escravizados passarem da condição de escravos para camponeses livres (ALMEIDA, 2008, p. 146).

Com a promulgação da chamada Constituição Cidadã, em 1988, mudanças no plano formal foram desencadeadas no tratamento das populações negras e indígenas, agora entendidas como integrantes do processo civilizatório da nação brasileira, sendo garantidas a manutenção e proteção de suas práticas culturais. Com relação às terras ocupadas pelas comunidades quilombolas, reza o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias (ADCT) da Carta Magna de 1988 que: “Aos remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos.”.

Em 2003, a partir do Decreto presidencial n.º 4.887, foi concedido o direito às comunidades quilombolas de autoatribuição como único critério para o reconhecimento formal de sua pertença étnica como comunidade negra quilombola. Esse Decreto baseou-se na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê a autodeterminação de povos indígenas e tribais.

O Decreto 4.887/2003 define o procedimento de regularização fundiária assim: “São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.”. Esse contexto tem impulsionado o surgimento de vários movimentos em torno da discussão do que é ser quilombola e de como garantir, efetivamente, a implementação de políticas públicas voltadas para esse segmento étnico, sobretudo destacando quem seria de fato e de direito o público-alvo beneficiário da titulação desses territórios.

4 A DIFERENÇA REIVINDICADA: O DEBATE EM TORNO DA QUESTÃO “QUILOMBOLA”

A expressão quilombo é utilizada, no plano teórico, desde os tempos coloniais e apareceu em diversos momentos da história do Brasil assumindo ora o caráter de foco de resistência dos africanos, ora como fenômeno importante na luta dos direitos dos afrodescendentes.

A construção do conceito de quilombo assumindo caráter histórico, atribui a existência do quilombo a um tempo histórico passado, não existindo mais vestígios de tal fenômeno, na atualidade; cuja interpretação inviabilizaria a aplicação dos atos constitucionais específicos para o segmento “quilombola”, na atualidade.

Daí surgem vários motivos para redimensionar o conceito de quilombo ligando-o a uma identidade quilombola, a fim de abarcar a gama de situações de ocupação de terras por grupos negros, ultrapassando o binômio fuga-resistência (SCHIMITT; TURATTI; CARVALHO, 2002).

No sentido de romper com o esquema interpretativo que fundamentou o conceito de quilombo desde o período colonial, é preciso empreender uma análise crítica que tem

como ponto de partida, segundo Schimitt, Turriti e Carvalho (2002) compreender como as comunidades “remanescentes” se autodefinem, pois é neste processo que se forja e afirma a identidade coletiva de um grupo.

Tomando a interpretação da autoatribuição como fator preponderante para a dinâmica das construções identitárias vinculada aos processos de etno-territorialidade, Leite (2000) afirma:

É preciso considerar qual demanda social está sendo identificada como quilombola e tratá-la como uma importante via de se reconhecer a historicidade e a trajetória de organização das famílias negras, pautadas no conjunto de referências simbólicas que fazem daquele espaço o lugar de domínio da coletividade que lá vive, no respeito às formas de convívio e usufruto da terra que o próprio grupo elaborou e quer ver mantido (LEITE, 2000, p. 347).

Como enfatiza Leite (2000), pode-se citar como motivo de uma nova configuração do conceito de quilombo o fato de que a reorganização da economia brasileira no período após a escravidão deu um novo ordenamento na posse das chamadas “terras de pretos” e onde, inclusive, não apenas os afrodescendentes estão envolvidos. Isso impõe uma definição que amplie a possibilidade de percepção de tais dinâmicas.

Além disso, de acordo com alguns estudos, o conceito de quilombo passa a ser não só utilizado em referência à questão fundiária, mas, também, a um tipo de reivindicação e reparação aos efeitos simbólicos e estigmas gerados por situações de exclusão. Assim, é nítida a contribuição dos militantes de movimentos sociais referente às questões étnico-raciais no sentido de ver o conceito de quilombo como um elemento aglutinador, capaz de expressar e nortear pautas cruciais à mudança, de dar sustentação à afirmação da identidade negra ainda fragmentada.

Para a Associação Brasileira de Antropólogos (ABA), o critério de definição quilombola estaria relacionado diretamente com pressupostos internos aos grupos, ou seja, cabe a cada comunidade definir “os de dentro e os de fora”, uma vez que estas se constituem, conceitualmente, enquanto grupos étnicos específicos.

A conceituação antropológica de quilombo amplia a visão da categoria, conferindo-lhe uma maior pertinência em relação à sua construção. Instauraram-se, dessa forma, novos critérios para se abordar quilombo, de modo que a reivindicação da titulação de suas terras pudesse ser contemplada nessa categoria, além de assegurar o reconhecimento de

uma identidade social e étnica por eles compartilhada, bem como a manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos de suas culturas.

Incorporando essa perspectiva em 2003, através do Decreto n.º 4.887, definiram-se, para fins de atos demarcatórios dos territórios quilombolas, quem seriam os sujeitos aos quais se destinaria tal direito. Nesse documento oficial, conceituam-se como comunidades “remanescentes de quilombos”, os grupos étnico-raciais que se autoatribuem tais características, devendo possuir uma trajetória histórica própria que estabeleçam relações territoriais específicas, sobretudo, vinculados a uma ancestralidade negra na qual estão relacionadas formas de resistência à opressão histórica que tais comunidades sofreram.

Considera-se, nesse princípio, a autoatribuição dos próprios sujeitos, referenciados em suas relações territoriais específicas, bem como suas distintas formas de construção identitária, tendo com ponto comum a reprodução sociocultural baseada na tradição, ou ainda, como contraponto à racionalidade moderna.

Segundo Souza Filho (2008), essa nova acepção do conceito de quilombo expressa um contexto social de lutas políticas e ideológicas que incorpora demandas apresentadas pelo próprio movimento social, além das disputas no plano acadêmico e institucional, sendo que o entendimento de “comunidade quilombola” tem sido acionado como forma de aglutinar diferentes situações sociológicas.

5 A POLÍTICA DE (DES)MARCAÇÃO DE TERRAS PARA COMUNIDADES QUILOMBOLAS

Entender o Estado, por meio de suas políticas de demarcação de terra para “comunidades tradicionais”, sobretudo de “remanescentes de quilombos”, revela como este tem concebido a igualdade e a diferenciação dos elementos formadores da chamada “nação brasileira” e suas contradições inerentes ao processo histórico de sua formação. Tomando como caso modelar os atos demarcatórios oficiais de territórios tradicionalmente ocupados por comunidades tradicionais, percebe-se uma sobreposição de visões e interesses, notadamente reconhecida pelos quilombolas como atos de “desmarcação”.

A noção de “desmarcação” é apresentada de maneira informal por moradores dessas comunidades ao comentarem sobre a intervenção dos técnicos do Estado nos

procedimentos para regularização das terras tradicionalmente ocupadas, como se observa nos depoimentos:

Nossa terra ainda não está totalmente regularizada, por que o moço que veio fazer a desmarcação não aceitou o tamanho da terra que a gente disse que é da Santa e que agora nós tomamos conta. Já vieram vários fazer a desmarcação e o processo está parado [...] (Moradora da comunidade Itamatatiu/Alcântara-MA, 2008)

Aqui ninguém tem documento de terra registrado, escriturado. Só umas pessoas que pagam imposto, depois que o Engenheiro passou aqui desmarcando pedaço de terra [...] e as famílias que têm esse papelzinho pensam que a terra é delas (Morador do Rio Grande/Bequimão-MA, 2008)

A construção de categorias classificatórias, bem como a atuação dos órgãos governamentais na implementação de direitos constitucionais para o segmento “quilombola”, possibilita uma análise da própria concepção de igualdade e diferenciação dentre os marcos do Estado Nacional, bem como permite interpretar sobre que bases o Estado-Nação pensa o desenvolvimento socioeconômico e cultural de seus “cidadãos”, estejam eles no “campo” ou nas cidades.

Ao se tomar as prerrogativas constantes nos Decretos que normatizam os atos demarcatórios, constatou-se, de imediato, um impasse ou contradição no que diz respeito às trajetórias históricas dessas comunidades e os ditames de uma sociedade baseada na racionalidade moderna. Segundo os critérios apresentados pela Fundação Cultural Palmares, para efetuar a certificação das comunidades negras rurais como “quilombolas” faz-se necessária: apresentação de uma ata que ateste que a comunidade tomou a decisão formal de se reconhecer como quilombola, cujo documento deve ser acompanhado de uma lista de presença, devidamente assinada pelos presentes no ato deliberativo, e, em qualquer caso a comunidade pleiteante deve apresentar “relato sintético da trajetória comum do grupo (história da comunidade)”.

Notadamente, uma das características básicas das comunidades quilombolas é a tradição da oralidade. Os saberes próprios, as estratégias de manipulação dos elementos da natureza e as regras de convívio social são repassados de geração em geração por meio dos cantos, das manifestações estéticas e dos relatos orais. A partir do momento que se exige o registro, por escrito, dessas experiências, impõe-se uma lógica de dominação na qual se deixa implícita a subalternização dos saberes tradicionais dessas comunidades.

Tal contradição se evidencia, sobretudo, porque para que sejam reconhecidas como quilombolas devem atestar vínculo histórico com a opressão. Não seria essa exigência uma atualização das formas de opressão pelas quais têm passado essas comunidades e a manutenção da tradição oral uma forma de resistência?

Constata-se, portanto, que as políticas territoriais, ao assegurarem direitos às comunidades, impõem uma lógica organizativa baseada no padrão formal, homogeneizante, que deve ser consolidado pelo processo de escolarização com fins a consolidação de um Estado – uma nação (GUIBERNAU, 1997).

Esse movimento do poder público que, ao mesmo tempo, define direitos específicos e diferenciados aos segmentos sociais distintos, delimita a apropriação de tais direitos de tal forma que os negam na prática.

6 SER QUILOMBOLA NO CONTEXTO MARANHENSE: UM RIO GRANDE DE POSSIBILIDADES

Como caso modelar da existência, de fato, de um grupo que na prática conta e atualiza uma história quilombola, mas que não existe para as políticas públicas para esse segmento étnico-racial específico, encontra-se a comunidade de Rio Grande, povoado distante cinco quilômetros da sede do município de Bequimão, na região do litoral ocidental maranhense.

O município de Bequimão apresenta área de 769km² e população de 20.375 habitantes, o que representa uma densidade demográfica de 26,26 hab/km². A subdivisão administrativa do município se dá em polos. São, no total, dezessete polos com 57 comunidades, ou povoados, como são regionalmente conhecidos. Dentre esses povoados, tem-se uma informação não especializada de que as comunidades do Rio Grande, Pontal, Quindiuá, Santa Rita e Ariquipá seriam comunidades quilombolas, além de outras registradas por Anjos (2006), a saber: Santa Flor, Timbira e Santa Cruz III. Entretanto, destas, somente a comunidade do Ariquipá entrou com um processo de reconhecimento junto à Fundação Cultural Palmares para sua identificação formal como “comunidade quilombola”.

Bequimão é um município cuja condição histórica foi marcada pela intervenção da Coroa Portuguesa com a criação da Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão, que tinha como objetivo de dar sequência ao projeto de enriquecer Portugal. Em função disso, toda a região que hoje compreende boa parte dos municípios do litoral Ocidental era considerado

o lugar mais próspero do Maranhão. O contexto de formação de Bequimão, assim como de boa parte do Brasil, remete à origem colonial de exploração desse território pela metrópole, baseado no tripé monocultura, latifúndio e escravidão, que, após sua derrocada, evidenciam-se as consequências socioeconômicas manifestas na atualidade.

Atualmente, Bequimão tem sua economia baseada em práticas agrícolas tradicionais voltadas para os alimentos, como arroz, mandioca, milho e feijão. Outra atividade bastante significativa é a pesca.

7 O TERRITÓRIO E A ETNICIDADE QUILOMBOLA EM RIO GRANDE

A comunidade do Rio Grande, povoado entendido pelos regionais como sendo um território ocupado “por pretos”, pois segundo relatos de moradores do local quando “os de fora” se referem ao local afirmam: “ali têm os pretos do Rio Grande”. Caso entendido aqui como modelar. Possui setenta famílias que se reproduzem socialmente por meio do trabalho agrícola, pela pesca e criação de animais de pequeno porte.

Essas famílias ocupam esse território há mais de cento e cinquenta anos, aonde se desenvolvem coletivamente, e mantêm uma tradição particular que inclui manifestações culturais e saberes locais como uso de argila “do campo” para fabricação de utensílios domésticos, festas de santos, danças com o acompanhamento de “caixas” (fórró de caixa), sistema de uso coletivo do território para a construção de casas e para a reprodução econômica, casamentos endógenos, sendo que a maioria das pessoas possui o sobrenome Rodrigues, o que as identifica como pertencentes à mesma família.

Segundo informantes, a ocupação desse lugar que fica entre o povoado de Ariquipá – onde se encontrava um grande engenho no século XVIII e que fora abandonado pelos senhores ficando sob o domínio dos ex-escravizados – e a sede do município de Bequimão, que, à época, se chamava Cabeceira, é fruto dos movimentos de libertação dos africanos escravizados e seus descendentes, bem como da conquista da condição de trabalhador/camponês livre.

Muitos depoentes afirmam que ao passarem pela atual estrada principal do povoado, que antes era só uma picada na mata, os escravizados fugiam das caravanas e se embrenhavam nas matas, aonde deixaram seus indícios de ocupação. A comunidade do Rio Grande denomina um dos rios que corta seu território como Rio do Fugidos, cuja nascente fica no alto de uma colina onde ainda hoje a mata é densa, dificultando o acesso à área.

Outro registro natural da ancianidade do território é a presença de mangueiras centenárias, testemunhos de uma ocupação exploratória que remonta ao século XVIII. Os mangueirais, como denominado internamente, localizam-se em dois pontos do território, sendo que em um destes não são circundadas por residências, e o outro, denominado Sítio Velho, é habitado pela família que tem a “posse” da imagem de Santo Antônio, padroeiro da comunidade, e que guarda a tradição de, anualmente, organizar as festividades e homenagens.

Apesar de todas as evidências materiais e simbólicas de uma ancestralidade vinculada à escravidão e uma “remanescência” quilombola, essa comunidade não consta nos cadastros oficiais de comunidades quilombolas no Maranhão.

Essa comunidade, pelas características específicas que apresenta e devido a (in)assistência do poder público, configura-se com o sujeito privilegiado no contexto da discussão sobre políticas públicas para os territórios, povos e comunidades tradicionais.

Como em outras localidades do Maranhão, a comunidade do Rio Grande é de fato uma comunidade “quilombola”, mas de direito não. Como implementar uma política territorial que visa atender a uma dívida histórica se os beneficiários de tal direito não têm acesso aos canais burocráticos para sua conquista?

A questão da política territorial para comunidades quilombolas é tão sintomática que não existem sequer dados que, ao serem cruzados, expressem a mesma realidade quanto à existência dessas comunidades. Tomando como referência duas fontes de consultas, a pesquisa chegou a um quadro díspare em relação ao quantitativo de comunidades quilombolas no Maranhão. Segundo a Associação das Comunidades Negras Rurais e Quilombolas do Maranhão (ACONERUQ), existem, de acordo com dados de 2007, cerca de 360 comunidades filiadas a essa Associação, mas ao todo seriam mais de 600 comunidades distribuídas em 134 municípios maranhenses. Por sua vez, Anjos (2006) registra o total de 734 comunidades quilombolas, que se distribuiriam em apenas 69 municípios maranhenses.

Como em nenhum desses dois levantamentos a comunidade do Rio Grande é listada como comunidade “quilombola”, evidencia-se que o mapeamento feito das comunidades quilombolas no Maranhão estaria, no mínimo, incompleto.

A quem caberia, de fato, o levantamento da realidade territorial quilombola nas unidades da Federação? Ao sujeito que deve implementar o direito – no caso, ao Estado – ou aos sujeitos beneficiários de tal direito, no caso as próprias comunidades? Caso a resposta contemple a segunda opção, não seria essa a maneira mais eficiente de negação de direitos uma vez que tais comunidades não estão municiadas de elementos formais para entendimento de “seus” direitos e, sobretudo, das exigências procedimentais para a correspondente conquista?

De forma camuflada, o Estado não tem se omitido de suas responsabilidades quanto à dívida histórica gerada pelo processo desumano e brutal da inserção indiferenciada pela submissão dos povos africanos escravizados que contribuíram para a construção deste país, ainda que estabeleça um arsenal normativo que garanta a “reversão” de tal processo?

Entender a igualdade e a diferença, tomando como eixo de análise as políticas territoriais para comunidades quilombolas, constata-se uma contradição intrínseca entre a garantia da diferença e as exigências para que tal seja reconhecida, pelos critérios da igualdade. Igualdade esta que subordina, pois exige dos diferentes aquilo que lhes tem sido negado historicamente: a condição de cidadania.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se analisar a presença histórica de grupos sociais, tais como a comunidade “quilombola” de Rio Grande, pode-se perceber claramente que as configurações, que envolvem a territorialidade dessa comunidade, estão pautadas muito mais nas representações que ela própria constrói sobre si e sobre os “outros”, que em traços cristalizados de uma “comunidade tradicional” e sua devida reivindicação junto aos poderes constituídos formalmente.

As referências internas que criam laços de pertencimento são atos significativos que podem ser apreendidos por meio de esforço conceitual, privilegiando, uma abordagem dialética, que toma o contexto das contradições como movimentos constitutivos das necessidades de se dizer e se fazer reconhecido no “mundo”, mas que tem como detentor privilegiado de tal ação o *locus* acadêmico e, não necessariamente, a existência materializada nas histórias particulares de cada grupo social.

Como afirma Foucault (1979), o movimento social, as coletividades já apresentam uma teorização sobre suas realidades. Entretanto, como estão descoladas dos espaços

autorizados de produção de verdades, carecem da mediação do fazer científico para legitimá-la. Resulta, assim, o questionamento do papel dos intelectuais. Em cada “região” do saber científico, a produção de conceitos e categorias pode ampliar a possibilidade de análise do movimento das relações humanas em suas múltiplas vertentes, ou pode dar relevo a um aspecto e mesmo, sem a intenção de silenciar os demais, acaba por fazê-lo.

Como Rio Grande é uma comunidade rural com padrões de ocupação espacial baseados em saberes anteriores aos processos de industrialização e que são atualizados no mesmo espaço/tempo que se chama modernidade, ou pós-modernidade, necessita de uma abordagem a partir da etnicidade, ou seja, tomando como conceito território étnico (ALMEIDA, 2002).

Ao se tomar o conceito antropológico de cultura como a capacidade de produção unicamente humana, pode-se compreender os movimentos de (re)construção de vínculos particulares entre membros de uma mesma coletividade, como estes se relacionam entre si e com/no território a que pertencem, de forma particular e de que forma/conteúdo expressam suas etnicidades historicamente construídas e dialeticamente em trânsito.

Pensar o lugar do conhecimento científico, enquanto produtor de conceitos que fornecem a base para analisar e intervir nos contextos das políticas públicas, é pensar o lugar que se quer para a vida, em suas múltiplas dimensões e, sobretudo, quem deve falar e conduzir seus processos demarcatórios, sejam étnico-raciais, econômico ou territoriais.

É necessário, portanto, operar com conceitos que possibilitem a dialogicidade nos processos de produção do saber pois, de outra forma, a proposta de desenvolvimento de “uns” pode se reverter em silenciamento e descaracterização de “outros”. A igualdade prevista nos ditames formais pode se reverter na mais eficiente lógica de aniquilamento do estranho, por não ser entendido e respeitado como diferente.

Necessário se faz afirmar que a diferença deve ser entendida não como categoria hierarquizadora, na qual se proporia uma diferença como inferioridade, mas como categoria que permite pensar a pluralidade coexistindo de maneira igualitária. Dessa forma, pode-se pensar que **A** seja diferente de **B**, o que não implica em dizer que **A** seja maior e/ou menor que **B**.

O contexto das políticas públicas na atualidade, e aqui privilegiada a questão da territorialidade quilombola, permite refletir sobre as possibilidades e impasses de se lidar

com as diferenças dentro dos marcos do Estado Moderno. A alteridade, posta muitas das vezes, dá um espelho de que se vive em um mundo doente. A intenção de quebrar o espelho não se reverte na transformação do estado patológico, talvez na confirmação da insanidade presente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terras de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “Castanhais do Povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008. Coleção Tradição e Ordenamento Jurídico.

_____. **Identificação das comunidades remanescentes de quilombo em Alcântara/MA**. [S. l. n.], 2002, mimeo. (Laudo Antropológico, I).

ANDERSON, Perry. **Linhagens do estado absolutista**. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Brasiliense, 1995.

ANJOS, Rafael Sanzio Araújo. **Quilombolas: tradições e cultura da resistência**. São Paulo: Aori, 2006.

ASSUNÇÃO, Matthias Rohring. **A guerra dos bem-te-vis: a balaiada na memória oral**. São Luís: SIOGE, 1988.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. Título original: *Potmodernity and its discontents*.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomás. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

CARVALHO, Maria Celina Pereira de; SCHIMITT, Alessandra; TURATTI, Maria Cecília Manzoli. Atualização do conceito de quilombo: identidade e território nas

definições teóricas. **Revista Ambiente & Sociedade**, São Paulo, ano V, n.º 10, 1.º semestre de 2002.

ESCOBAR, Arturo. O lugar da natureza e a natureza do lugar: globalização ou pós-desenvolvimento?. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p.133-168.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GUIBERNAU, Montserrat. **Nacionalismos: o estado nacional e nacionalismo no século XX**. Tradução de Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomás Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural: uma teoria de los derechos de las minorias**. Tradução de Carme Castells Auleda. Barcelona / Buenos Aires / México: Paidós, 1996.

LEITE, Ilka Boaventura. Os quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas. **Etnográfica**, Florianópolis, v. IV, n. 2, p. 333-354, 2000.

MARX, Karl. La guerra civil en Francia. In: IANNI, Octavio. **Marx**. São Paulo: Ática, 1982. Coleção Grandes Cientistas Sociais.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A construção multicultural da igualdade e da diferença**. Rio de Janeiro: [S. n], 1989, mimeo.

SANTOS, Maria Januária Vilela. **A Balaiada e a insurreição de escravos do Maranhão**. São Paulo: Ática, 1983.

SCHIMITT, Alessandra; TURATTI, Maria Cecília Manzoli; CARVALHO, Maria Celina Pereira de. A atualização do conceito de quilombo: identidade e território nas

definições teóricas. **Ambiente e Sociedade**, Campinas, n. 10, p. 129-136, jan./jun. 2002.

SOUZA FILHO, Benedito. **Os pretos de Bom Sucesso**: terras de preto, terra de santo, terra comum. São Luís: Edufma, 2008.

THOMAZ, Osmar Ribeiro. Antropologia no mundo contemporâneo: cultura e diversidade. In: LOPES, Aracy. **A temática indígena em sala de aula**. Brasília: UNESCO, 1985.

VIEIRA, Eurípedes Falcão; VIEIRA, Marcelo Milano. Geoestratégia dos Espaços Econômicos: poder local, poder global e gestão do território. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/Marcelo_Eripedes_Vieira.pdf>. Acesso: 26 nov. 2007.

WEBER, Max. Política como Vocação. In: GERTH, Hans H.; MILLS, Carl Wright (Org.). **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982. p. 97-153.

Submissão em: maio de 2010

Pareceres favoráveis em: agosto de 2010

O Autofágico Direito Penal do Inimigo: por uma resistência garantista

MATHEUS ALMEIDA CAETANO*

Resumo: Desde 1985, o tema vem causando impacto sobre o pensamento penal contemporâneo, gerando uma infinidade de trabalhos acadêmicos e obras. O presente artigo objetiva fazer uma breve exposição das principais características que compõem o que Günther Jakobs denomina de “Direito Penal do Inimigo” (*Feindstrafrecht*). Posteriormente, algumas críticas são colocadas de forma a demonstrar tanto a ausência de qualquer novidade do tema - já que sempre existiu um inimigo para o sistema penal - quanto a confusão entre Direito e guerra (acusado e combatente), o que leva à própria negação do Direito Penal. Conclui-se pelo abandono dessa construção teórica, responsável por retrocessos significativos de índole garantista.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo – Garantismo – Estado de Direito – Direitos Fundamentais.

Abstract: Since 1985, the theme has been causing impact in contemporary criminal thought, motivating an infinity of academic papers and books. This paper aims to do a concise exposition about the main features that constitute what Guther Jakobs designates “Criminal Law for the Enemy” (*Feindstrafrecht*). Then, some comments are made to demonstrate both the absence of any news in the theme - since there was always an enemy for the criminal system – and a confusion between law and war (accused and warrior), which leads to the negation of Criminal Law. It is concluded by the end, for the abandonment of this theoretical construction, responsible for significant setbacks of garantism character.

Keywords: Criminal Law for the Enemy – Garantism – Rule of Law – Fundamental Rights.

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), da área de concentração “Direito, Estado e Sociedade”, bolsista CAPES-Brasil. Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo intenta expor, primeiramente, o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht/ DPI*) com algumas de suas características, tais quais foram levantadas por Günther Jakobs. Adentrando-se na compreensão de alguns conceitos utilizados por este autor, buscar-se-á defraudar as expectativas criadas em torno desta construção dogmática e apontar suas consequências lógicas: (i) a otimização da “cifra da injustiça”¹ pelo Estado com retrocessos para o Garantismo e (ii) o risco de dissolução do próprio Direito Penal e do Estado Democrático de Direito pelas graves violações de Direitos Fundamentais legitimadas por ela.

A escolha do tema justifica-se em razão da grande difusão do mesmo nos debates acadêmicos² e legislativos dos Estados, e principalmente por ser defendido pelo penalista alemão como um instrumento de preservação da estrutura do Estado Democrático de Direito. Por fim, como se propõe deixar claro ao longo deste trabalho, não só a pesada carga semântica do termo “inimigo” é responsável pelas críticas em torno deste tão comentado tema, embora Jakobs advirta que “[...] debe acotarse con carácter previo que la denominación ‘Derecho penal del enemigo’ no en todo caso pretende ser peyorativa” (JAKOBS, 2006a, p. 23). Assim, o autor parece dar margem a alguma possibilidade de sê-lo, o que é preocupante, no mínimo, por legitimar um Direito Penal seletivo e altamente

¹ “[...] adiciona-se uma cifra, não menos obscura, mas ainda mais inquietante e intolerável, formada pelo número de nocentes processados, e às vezes, punidos.” (FERRAJOLI, 2002, p. 168).

² “[...] que sobre ella se realicen congresos (dos solo en Italia en este mês); y en torno a la misma esté creciendo, como inevitablemente sucede en la comunidad de los juristas, una rica literatura.” (FERRAJOLI, 2008, p. 234).

cruento, marcado por um triste cotidiano legislativo, policial e jurisdicional de indiferença e de pisoteamento das garantias jurídico-penais e dos Direitos Fundamentais.

2 PROLEGÔMENOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO (*FEINDSTRAFRECHT*) DE JAKOBS DESDE 1985

A frase proferida por Jakobs durante as Jornadas de penalistas alemães em Frankfurt no ano de 1985 – a qual integra o seu trabalho “Criminalizações no estádio prévio à lesão a bem jurídico” (1997) – de que “[...] el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad.” (JAKOBS, 1997, p. 298), iniciou um dos temas mais polêmicos da atualidade na Dogmática Jurídico-Penal e na Política Criminal. Deste trecho já se nota a proposta de uma bifurcação do Direito Penal em Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*) e Direito Penal do Cidadão (*Bürgerstrafrecht*). Também cabe uma primeira advertência de que há muita celeuma em torno desse conceito na literatura penal, o que acaba por gerar uma infinidade de especulações e mal entendidos. O Direito Penal do Inimigo (DPI) não é de fácil compreensão, e não está consagrado na Dogmática Jurídico-Penal. Ao contrário, vem sendo discutido desde 1985 até os dias de hoje. Presente, então, a primeira dificuldade do objeto de estudo: sua obscuridade³.

Indispensável ter em conta, no mínimo, um breve conhecimento do pensamento de Jakobs – responsável que é pela introdução do conceito no debate científico-penal⁴ – e de suas premissas metodológicas, para que o estudo ganhe em riqueza e que as críticas sejam pertinentes e sustentadas. Toda construção deste penalista alemão incorpora elementos estruturais da Filosofia de Hegel, Kant, Hobbes e de outros pensadores, além da Sociologia de Niklas Luhmann, o que acaba por gerar uma construção própria de uma Teoria do Estado. Desta advêm vários aspectos que induzem o Direito Penal, trabalhados pelo autor com um particular ponto de vista, como sua teoria da pena e os delitos de infração de dever (*Pflichtdelikte*), dentre outros temas correlatos que não podem ser aprofundados neste artigo.

³ “Parece-me que o tal direito penal do inimigo não é algo tão claro e unívoco quanto geralmente se supõe, sendo necessário realizar algumas precisões para que o debate possa tornar-se de fato fecundo. Dificilmente pode-se discutir a respeito de algo que mal.” (GRECO, 2005, p. 213).

⁴ “[...] de um ‘Derecho penal del enemigo’, con este o con otro nombre, no es un invento del Sr. Jakobs, sino una realidad evidente y cada vez más preocupante [...]” (MUÑOZ CONDE, 2005a, p. 19). No mesmo sentido: “O ‘direito penal do inimigo’ foi introduzido no discurso teórico atual por Jakobs como um conceito doutrinário que se opõe a um Direito Penal do cidadão.” (GRACIA MARTIN, 2005, p. 86).

Além disso, existem três formas de abordagem do *Feindstrafrecht*⁵: (i) uma primeira como conceito afirmativo-legitimador, havendo aqui uma dogmática que reflete as normas existentes no ordenamento jurídico de um Estado; (ii) uma segunda, como conceito meramente descritivo, no qual há uma mera constatação da realidade legislativa daqueles Estados que incorporam normas de um DPI; (iii) e, por último, uma concepção denunciadora-crítica, a primeira a surgir com Jakobs em 1985, na qual algumas críticas foram traçadas aos institutos jurídicos que despontavam no ordenamento jurídico alemão como a antecipação das barreiras punitivas e a incriminação de atos preparatórios. Desta forma, necessário é entender qual das abordagens será criticada, sob pena de se cometerem erros lógicos, confundindo os diversos sentidos do DPI supramencionados.

O tema guarda uma forte ligação com a categoria do bem jurídico-penal, pois Jakobs considerou o infrator da norma como inimigo do bem jurídico⁶. O ponto de partida do bem jurídico, entendido como função do Direito Penal, é o germe do Direito Penal do Inimigo, para este autor alemão. Neste primeiro momento, Jakobs adotou uma postura crítica (abordagem denunciadora-crítica-iii), salientando que “[...] el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente.” (JAKOBS, 1997, p. 322). Tratava-se, naquele momento, de um juízo descritivo do DPI, em tom crítico, denunciando as antecipações das barreiras punitivas de proteção aos bens jurídicos erguidas pelo legislador alemão, as punições tanto dos atos preparatórios quanto das tentativas, independentemente da sua idoneidade, baseando-se no princípio jurídico-penal *cogitationis poenam nemo patitur*.

A partir de 1997 – quando Jakobs publica a obra intitulada “*Norm, person und gesellschaft*”⁷ – seguem-se algumas manifestações do autor sobre o tema, destacando-se: o trabalho sobre o estado atual da teoria da pena (1998); a palestra proferida no ano de 1999 na Espanha (e de forma resumida em Berlim, no fim do mesmo ano) sobre “*la*

⁵ Tal delimitação facilita a compreensão do tema proposto e foi bem enunciada pelo penalista brasileiro Greco (2005). Também é de se destacar a classificação mais direta e simplificada de Ferrajoli (2008, p. 236), utilizando-se dois sentidos para o direito penal do inimigo nos seguintes termos: “[...] a) uno de tipo empírico-descriptivo; descriptivo, entiéndase bien, de una perversión del derecho penal, es decir, de prácticas punitivas y represivas – pienso en las jaulas de Guantánamo o en las torturas de Abu Ghraib – que se cobren con el manto del derecho penal y son, por el contrario, su negación; y b) outro significado, podría decirse, de tipo eórico, merced al qual ‘el derecho penal del enemigo’ resulta presentado o recomendado como un nuevo ‘paradigma’, un nuevo ‘modelo’, como tal normativo, de derecho pena”.

⁶ “[...] es sólo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico.” (JAKOBS, 1997, p. 295).

⁷ Trata-se de obra inédita nas Línguas Espanhola e Portuguesa, já que a obra “*Sociedade, norma e pessoa*”, publicada pela Editora Manole no Brasil, tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes em 2003, não equivale à referida obra. Para mais informações consultar rodapé de número 21 em Polaino Orts, 2006, p. 35.

Ciencia jurídico-penal ante los retos de la actualidad” (POLAINO ORTS, 2006, p. 35); a manifestação em 2001 sobre os atentados de 11 de setembro contra os Estados Unidos da América (texto manuscrito inédito até o presente momento); e um artigo sobre “*Personalidad y exclusión en Derecho Penal*” (JAKOBS, 2003a, p. 73 e ss). Nesses trabalhos, o jurista alemão já dava ares de uma legitimação do *Feindstrafrecht* (abordagem afirmativa-legitimadora-i). Por fim, em 2008 publicou “*Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*”, tradução do alemão para o espanhol feita por Cancio Meliá. Este último trabalho foi objeto de várias conferências realizadas por Jakobs⁸.

3 IDÉIAS CENTRAIS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO POR JAKOBS

Feito um breve histórico do desenvolvimento do tema, chegou o momento de apontar algumas de suas características e de explicar suas idéias centrais. Salienta-se que o inimigo, é para Jakobs “[...] um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental.” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 149). Não deixa de ser uma constatação fática das legislações penais atuais, estando presente, inclusive, na legislação penal brasileira⁹, é utilizado com frequência na tipificação e no tratamento de delitos relacionados ao terrorismo, à criminalidade organizada, ao tráfico de drogas e aos crimes sexuais e econômicos, conforme pensamento de Jakobs¹⁰. Em síntese, podem-se elencar as suas principais peculiaridades:

⁸ Jakobs, 2008, p. 197, única nota de rodapé: “Título alemán: ‘*Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechlichkeit*’ (manuscrito). Conferencia presentada, con algunas diferencias en la formulación, (1) en la Jornada ‘*Feindstrafrecht. Vereinbar mit dem Rechtsstaat*’ de la Katholische Akademie Trier (noviembre de 2005), (2) en el ‘*Convegno: Delitto Politico e Diritto Penal del Nemico*’ de la Università degli Studi di Trento, Sardinia, Trento (marzo de 2006) y (3) en el grupo de trabajo ‘*Feindstrafrecht. Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat*’ del 30.º *Strafverteidigertag*, Frankfurt am Main (marzo de 2006)”.

⁹ “O Direito Penal do Inimigo, conforme salienta Jakobs, já existe em nossas legislações, gostemos ou não disso, a exemplo do que ocorre no Brasil com a lei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção de ações praticadas por organizações criminosas (Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995).” (GRECO, 2006, p. 23).

¹⁰ “Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación - denominada abiertamente de este modo - de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de <delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas> así como, en general, respecto de los <crímenes>, pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (em el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, (§ 30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona.” (JAKOBS, 2003b, p. 38-40).

(i) o inimigo não está sujeito a pena e sim a medidas de segurança, em razão de sua periculosidade social (e não culpabilidade)¹¹; (ii) o inimigo é visto como uma fonte de perigo que deve ser isolada, não fazendo *jus* ao tratamento de pessoa em Direito¹²; (iii) o inimigo é tratado como coisa, mero objeto da tutela penal¹³; (iv) constitui um direito penal do autor (*Täterstrafrecht*)¹⁴ e não do fato; (v) permite a supressão de garantias materiais e processuais penais.

Decorrente da cisão propugnada por Jakobs, enquanto o cidadão comete delitos, não colocando em xeque o ordenamento jurídico, e, por isso, sendo apenado como consequência da sua condição de pessoa, o inimigo, ao colocar em perigo o próprio Estado com as suas estruturas (considerada uma verdadeira ameaça às bases do Sistema Social), será objeto de medida de segurança, consequência de sua condição de não-pessoa, indivíduo perigoso. Ora, no campo do *Bürgerstrafrecht*, a concepção de pena recebe influência direta do pensamento hegeliano, colocada numa estrutura dialética muito bem ressaltada por Queiroz (2001, p. 21), já que: “Vale dizer: o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação).”. A resposta adequada (a pena) à infração da norma (delito) visa ao restabelecimento dessa norma, conservando-se aqui, a estrutura comum dos delitos, auferindo-se a responsabilidade penal do autor através de sua culpabilidade: “Delito y pena han de concebirse como mensaje y respuesta respecto de la vigencia de la norma.” (ALCÁCER GUIRAO, 2004, p. 83). Neste Direito Penal do Cidadão, o sujeito ativo conserva o *status* de pessoa, já que o núcleo do conceito social de pessoa para Jakobs é “ter de representar um papel.” (JAKOBS, 2003c, p. 30). Ora, “[...]a pessoa não atua conforme ao esquema individual de satisfação e insatisfação, mas conforme a um esquema de dever e espaço de liberdade.” (JAKOBS, 2003d, p. 9). Desta forma, ao adentrar no conceito jurídico de pessoa para este autor alemão, resta claro que somente poderá sê-la “[...] quien es capaz jurídicamente.

¹¹ “[...] se manifestaria uma dimensão fática de periculosidade, a qual teria que ser enfrentada de um modo prontamente eficaz” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 149-150); “[...] a) o inimigo não pode ser punido com pena, mas, sim, com medida de segurança; b) deve ser punido de acordo com sua periculosidade, e não conforme a sua culpabilidade;” (AMARAL, 2007, p. 127).

¹² Jakobs utiliza de vários conceitos de pessoa para justificar sua teorização do inimigo, seja de Kelsen como “[...] um complexo de deveres jurídicos e direitos subjectivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão somente a personificação desta unidade”, ou de Hegel defendendo “O imperativo do direito é portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas”. Cf. em Hegel, 1997, p. 40; e Kelsen, 1976, p. 241-243.

¹³ “[...] e) o inimigo não é sujeito de direitos, mas, sim, objeto de coação;” (AMARAL, 2007, p. 127).

¹⁴ “La primera observación que se puede hacer a Jakobs es que su ‘Derecho penal del enemigo’ recuerda mucho al ‘Derecho penal de autor’ que propugnaron los penalistas nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la ‘perversión’, ‘inclinación o tendencia al delito’ o ‘peligrosidad criminal’ que pudiera tener su autor.” (MUÑOZ CONDE, 2005a, p. 37).

Por consiguiente, está excluido del ámbito de las personas aquél que no puede ‘disfrutar’ de ningún derecho ni soportar ningún deber; está parcialmente excluido quien no participa de determinados derechos y deberes” (JAKOBS, 2003a, p. 73).

Por outro lado, no *Feindstrafrecht* o tratamento do inimigo como uma “não-pessoa” reflete novamente a influência de Hegel no pensamento do penalista alemão, pois quando o Direito atribui ao inimigo este pesado *status* em razão de ignorar o Direito, nada mais faz do que aplicar um conceito daquele filósofo alemão: “O imperativo do direito é portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas” (HEGEL, 1997, p. 40). Ora, conforme os ensinamentos de Jakobs: “(1) ser persona en Derecho es algo sinalagmático, el otro ha de ‘participar’, a menos que se dé la poca frecuente situación de que se lo tenga controlado como prisionero. Por lo tanto, la situación debe estar configurada como más o menos carente de riesgos.” (JAKOBS, 2008, p. 200). Disto decorre o critério utilizado para auferir a periculosidade do “indivíduo”, entendida esta como: “[...] la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de una determinada persona.” (MUÑOZ CONDE, 1975, p. 39).

A pecha de “não-pessoa” consiste no *status* utilizado pelo sistema jurídicopenal para lidar com aqueles indivíduos que escolheram viver fora da sociedade. O tratamento destes inimigos “[...] conduce a un derecho penal que no se dirige a personas sino a individuos los cuales en relación con un determinado comportamiento han de ser estimulados, en caso necesario desconectados y, ya en casos extremos, combatidos: derecho penal de enemigos.” (JAKOBS, 2003a, p. 86). Ao não respeitarem e nem acompanharem as normas sociais da sociedade na qual estão vivendo (ausência de fidelidade à norma jurídica), os inimigos carecem de uma garantia cognitiva suficiente para serem tratadas como pessoas, devendo ser corrigidos por medidas de segurança:

Por ejemplo, un autor que delinque una y otra vez de forma grave y no da muestra alguna de cambio en su comportamiento se convierte en objeto de internamiento preventivo (§ 66 StGB), y éste significa, a diferencia de la pena, no que se le toma en serio como persona, sino que en lo que afecta a la administración de su libertad, a falta de una garantía cognitiva suficiente, ya no puede ser tratado como persona. En este sentido es, por tanto, excluido, o más exactamente, presentado como alguien que a través de su comportamiento se ha excluido a sí mismo. Dicho en sentido kantiano, la pena tiene lugar frente al *homo noumenon*; el internamiento preventivo, frente al *homo phaenomenon* (JAKOBS, 2003a, p. 85).

Traçadas as ideias centrais do DPI e algumas de suas características, no próximo item discorrer-se-á sobre alguns dos pontos de fricção da proposta de Jakobs com um modelo de Direito Penal Garantista.

4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO: NEGAÇÃO DO DIREITO PENAL E RETROCESSOS AO GARANTISMO

Após uma breve introdução ao Direito Penal do Inimigo, nesta seção serão expostos os argumentos de deslegitimação desta construção teórica que nega a essência do Direito Penal. Inevitável é o autofagismo do Direito Penal provocado por essa teorização de Jakobs, o que leva Ferrajoli (FERRAJOLI, 2008a, p. 235) a tecer a seguinte colocação: “Creo que hay que reconocer con absoluta firmeza que hablamos de un oxímoron, de una contradicción en los términos, que representa, de hecho, la negación del derecho penal [...]”.

O Garantismo merece algumas considerações preliminares antes de se exporem seus aportes teóricos e as principais incompatibilidades com o *Feindstrafrecht*. Primeiramente, a Teoria Garantista é dotada de um amplo alcance, possuindo elementos bastantes para uma verdadeira teoria geral¹⁵. Além disso, este termo possui três significados diversos: (i) modelo normativo de Direito; (ii) teoria jurídica de validade e de efetividade; e filosofia política (iii).

O primeiro – logicamente, numa abordagem penal¹⁶ – estabelece um modelo de estrita legalidade do Sistema Garantista (SG), característico do Estado de Direito, subdividindo-se em três planos: (i.1) um epistemológico de cognição e de poder mínimo; (i.2) um político para aperfeiçoar as liberdades e restringir a violência; e (i.3) um jurídico com um conjunto de vínculos legais estabelecidos para o Estado, no exercício do *jus puniendi*, para garantir os direitos dos cidadãos. Neste último plano, merece destaque que o próprio Estado determina uma limitação ao seu monopólio legiferante, ou seja, os direitos das pessoas não podem ser modificados pela simples vontade do Estado, ainda que sob o gosto da maioria e da mera legalidade.

¹⁵ “Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.” (FERRAJOLI, 2002, p. 686).

¹⁶ “Con todo, la acepción prevalente de la palabra ‘garantismo’ es la de ‘garantismo penal’. Es, en efecto, en el ámbito del derecho penal donde el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contudentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo.” (FERRAJOLI, 2008b, p. 192).

O segundo significado mantém a distinção do mundo do ser em relação ao do dever ser, tratando o Direito tanto sob uma perspectiva formal quanto substancial. Trata-se de uma possibilidade de crítica do Direito, pois permite auferir a legitimidade ou ilegitimidade de um sistema jurídico-penal, e aqui reside a noção de validade de Ferrajoli. Em apertada síntese, apenas quando estiverem presentes os aspectos formais e substanciais de uma norma, será ela válida. Contrariamente a Kelsen que deriva a validade de uma norma de outra norma, atentando a anterioridade e a hierarquia, considerando a legitimidade interna como bastante. Tal postura – segundo Ferrajoli – é contrária ao garantismo que “[...] requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações [...]” (FERRAJOLI, 2002, p. 685).

O terceiro e último implica num ônus de justificação externa ao direito e ao Estado, implicando uma separação entre Moral e Direito. A observância formal e substancial visa resgatar a possibilidade de garantia efetiva aos sujeitos jurídicos, em relação a todos os direitos fundamentais. Estes são a pedra de toque do Garantismo, já que:

[...] significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objeto justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade (FERRAJOLI, 2002, p. 271).

Deste trecho, deduzem-se duas importantes conseqüências. A primeira de que o Estado não pode ser visto como o absoluto responsável pela outorga dos direitos vitais aos indivíduos, porque estes direitos fundamentais não existindo antes do Estado – que os atribui aos cidadãos – poderiam ser retirados por este a qualquer momento. Justamente aqui reside o perigo da teorização do DPI, pois ao se embasar no funcionalismo sistêmico de Luhmann trata a sociedade como o conjunto de comunicações (e não de pessoas de carne e osso), sendo a “[...] principal condição para uma sociedade que é respeitosa com a liberdade de atuação é: personalização dos sujeitos” (JAKOBS, 2003c, p. 44-45). Isto autoriza o seguinte raciocínio de Jakobs: “En la medida en que se le prive de derechos no es tratado –por definición– como persona en Derecho.” (JAKOBS, 2008, p. 206).

A condição de inimigo, portanto, é decorrência de uma “autoexclusão facultativa” do indivíduo, ou seja, como membro de uma sociedade deve desenvolver um papel social (sentido funcionalista do termo pessoa), e mais precisamente perante o Direito deve

cumprir com seus deveres e gozar de seus direitos¹⁷. Desta forma, o inimigo é assim considerado em razão de sua autoexclusão do sistema jurídico-penal, sendo uma escolha deixar ou não este *status* normativo, ao não “[...] prestar la garantía cognitiva mínima de respeto a la norma, que es, por ello, la mínima exigencia de respeto a los demás como ‘personas en Derecho’.” (POLAINO ORTS, 2006, p. 101). Ora, o Estado, como dono absoluto dos limites e alcances da ingerência na regulação social nesta linha jakobsiniana, acaba por abrir espaço para permitir a restrição e até a retirada de direitos fundamentais. Nesse aspecto, menciona-se o trecho em que fica explícita tal ideia de Jakobs:

Lo que sucede es que una personalidad real, que dirija la orientación, no puede alcanzarse mediante meros postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe ‘participar’, y eso significa que debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la proposición debe ser completada: todo aquél que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se le priva de derechos (JAKOBS, 2008, p. 206).

A segunda consequência é que a ideia de democracia para o Garantismo não admite a absolutização da simplista regra da maioria para todas as decisões (democracia política), sob pena de guiar formas de direito penal máximo, apartadas de limites e das garantias fundamentais. Portanto, uma democracia constitucional ou de direito é mais completa, pois não dissocia a maioria e os limites necessários a ela “[...] que hace referencia no a quién puede decidir (la mayoría, en este caso), sino a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad.” (FERRAJOLI, 2008b, p. 197). A seguir, tentar-se-á explicar algumas das significativas conexões do *Feindstrafrecht* com um Direito Penal autoritário, decorrente de um “formalismo ético”¹⁸ – gerando problemas para a construção de um Direito Penal Garantista – como: (4.1) a proximidade com um Direito Penal de autor (*Täterstrafrecht*); (4.2) o Direito apenas como legitimação interna (jurídica); (4.3) a sua legitimação para manutenção do Estado de Direito; (4.4) a possibilidade de supressão de garantias; e (4.5) a “neutralidade” e a mera constatação do direito positivo.

¹⁷ “En el campo de lo jurídico la palabra ‘persona’ expresa el sujeto de las relaciones jurídicas, por lo tanto, el sujeto de los deberes jurídicos y de los derechos subjetivos.” (RECASENS SICHES, 1970, p. 244).

¹⁸ “[...] *legalismo ou formalismo ético*, que, por sua vez, caracteriza-se por uma concepção formal e jurídica (não apenas da validade, mas, também) da justiça, e via de consequência, pela assunção do direito positivo como valor ético ao qual se deve adesão não apenas por razões jurídicas, mas também por razões políticas ou morais.” (FERRAJOLI, 2002, p. 172).

4.1 Lombroso-Mezger-Jakobs, uma Análise da Proximidade destes Discursos com um Direito Penal de Autor (Täterstrafrecht): Primeiro Retrocesso

Uma das principais críticas, senão a mais frequente delas, é a de que o DPI institui um *Täterstrafrecht*, incriminando pessoas (classes sociais, movimentos sociais, estilos de vida) e não fatos. O que faz dele um exemplo de Direito Penal de autor é o tratamento dos indivíduos como fontes de perigo, tanto que ele “[...] poder-se-ia conjecturar – seria, então, sobretudo o Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos.” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 150).

Primeiramente, deve ser destacado que a proposta de Jakobs de cindir o Direito Penal em duas vertentes não é inédita (D’ÁVILA, 2006, p. 96, nota de rodapé 4), sendo inclusive ponto destacado por FERRAJOLI nos seguintes termos: “Como suele suceder, en derecho penal nunca se inventa nada nuevo. El esquema del ‘enemigo del pueblo’ de estaliniana memoria y por otra parte, el modelo penal nazi del ‘tipo normativo de autor’ (*Tätertyp*).” (FERRAJOLI, 2008a, p. 237). Neste aspecto, também se destacam os nomes de Lombroso e Mezger.

Lombroso, esponente mais conhecido da Escola Positiva italiana, em sua famigerada obra, “*O homem delinquente*”, faz uso constante do termo “inimigo”, o que permite já notar algumas aproximações dos textos de Jakobs com aquele. Além disso, a ideia de perigo social procura identificar uma minoria perigosa que deve ser apartada da sociedade, semelhantemente ao sustentado no *Feindstrafrecht* quando é defendida a submissão do inimigo a algumas medidas destinadas a estancar o *perigo* personificado, já que representa ele “[...] solo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico.” (JAKOBS, 1997, p. 295). Além disso, num trecho dessa clássica obra de Lombroso, resta clara a separação maniqueísta entre indivíduos perigosos e bons, pois “[...] com efeito, a detenção perpétua, a pena capital, que são as últimas palavras de nossas pesquisas, seriam impraticáveis em relação a um número grande de homens, mas podemos aplicá-las muito bem a um número restrito.” (LOMBROSO, 1983, p. xix.). Importante mencionar também a observação de Andrade (2003, p. 67) no sentido de que: “Estabelece-se desta forma uma linha divisória entre o mundo da criminalidade – composta por uma ‘minoría’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais – e o mundo da normalidade – representada pela ‘maioría’ da sociedade.”.

Mezger, um dos principais nomes da dogmática jurídico-penal alemã da primeira metade do século XX, em 1943 sustentou mais de um Direito Penal em seus informes para a confecção do Projeto de Lei sobre os Estranhos à Comunidade do Governo Nacional-

-Socialista¹⁹. Sobre a divisão do Direito Penal no tema presente, Muñoz Conde (2004, p. 173) atribui “[...] a los que asumen esta distinción como inevitable aclarar lo que se quiere decir con la por lo demás bastante ambigua expresión ‘Derecho penal del enemigo’ y cuáles serían los límites que el mismo debería tener, si es que tiene alguno.”

Importante salientar que a proposta do Direito Penal do Inimigo não é uma recepção *in totum* dessas ideias supramencionadas, tratando-se de fundamentações teóricas diversas, historicamente situadas, conforme advertência de Polaino Orts²⁰. Apesar de se reconhecer que semelhança não significa igualdade, tal proposta não deixa de ser uma manifestação de um direito penal de autor, pois o inimigo é tratado como uma não-pessoa (“São indivíduos que, pasmem, Jakobs designa como ‘não-pessoas’. O ‘inimigo’ é um indivíduo que se recusa a ingressar no estado de cidadania, e por isso não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.” (AMARAL, 2007, p. 126) que “[...] sobre a configuração normativa da sociedade predomina a necessidade de segurança cognitiva e ao ‘inimigo’ se lhe define simplesmente como ‘não pessoa’ (*Feinde sind aktuell Unpersonen*).” (MUÑOZ CONDE, 2005b, p. 68).

Desta forma, mesmo por fundamentações diversas das de Lombroso e de Mezger, notam-se similitudes com o Direito Penal do Inimigo, e este acabou por traçar “[...] un puente entre la guerra y el Derecho penal y Günther Jakobs [...] ha sentado las bases conceptuales, intelectuales y filosóficas de un Derecho penal que, em realidade, no es ‘Derecho’, sino guerra contra los malos y los peligrosos.” (PRITTWITZ, 2004a, p. 108).

4.2 O Direito como Mera Legitimação Interna ou Jurídica: Segundo Retrocesso

O aparato teórico luhmaniano adotado por Jakobs, torna coerente o DPI no Estado de Direito (no sentido débil ou formal²¹), já que se fundamenta sobre si mesmo (legitimação exclusivamente interna ou jurídica).

¹⁹ “Segundo o Projeto no futuro haverá dois (ou mais) ‘Direitos penais’, – um Direito Penal para a generalidade (no que em essência seguirão vigentes os princípios que o regeram até agora) e – um Direito Penal (completamente diferente) para os grupos especiais de determinadas pessoas, como, por exemplo, os ‘delinquentes por tendência’.” (MUÑOZ CONDE, 2005b, p. 151-152).

²⁰ “En ningún caso se refiere el autor alemán a ‘personas identificables incluso por características físicas’, sino a algo muy diferente, a saber: la producción de inseguridad cognitiva en la vigencia de la norma, de manera que se impide el desarrollo de la personalidad en Derecho por parte de los ciudadanos, y – con ello – la convivencia social.” (POLAINO ORTS, 2006, p. 214, rodapé de número 43).

²¹ “En sentido lato, débil o formal, ‘Estado de Derecho’ designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos.” (FERRAJOLI, 2003, p. 13).

Encontra-se aqui uma primeira incompatibilidade da teoria sistêmicofuncional (e do Direito Penal do Inimigo que parte deste marco teórico) com o Garantismo: os pontos de vista interno e externo (legitimação interna e justificação externa). Enquanto para o último, o Direito deve se justificar a partir de um ponto de vista externo ou de uma legitimação substancial e não apenas por uma legitimidade interna/jurídica, na teoria sistêmica de Luhmann, o Direito se autolegitima. Portanto, o Garantismo, ao defender que a base de legitimidade do Direito, decorre também de fatores políticos. Está claro que o Direito não se sustentaria por si só, nem se autodeterminaria, como quer o pensamento sistêmico funcional. Para Luhmann, o Direito Positivo estabelece as condições de sua própria validade, legitimando-se como Direito. Como ocorre com todos os Sistemas Sociais, a legitimação da atuação do sistema jurídico é dada pelo próprio sistema (toda legitimação é autolegitimação). Em suma: a legalidade é a única legitimidade (Cf. em: LUHMANN, 1983, p. 225 e ss; LUHMANN, 1985, p. 7-70, *passim*; LUHMANN, 2004, p. 35 e ss; LUHMANN, 2005, p. 84). Eis o paradoxo da validade ou constituição do Direito: o Direito Positivo tem validade porque ele poderia ser modificado através de uma decisão jurídica (LUHMANN, 2004, p. 75). Sobre tal fundamentação autorreferente que faz do indivíduo um subsistema físico-psíquico, Ferrajoli adverte que:

O ponto de vista da justificação externa, também neste caso, desaparece, sujeitando-se inteiramente ao ponto de vista interno, pouco importando se este, em vez de identificar-se com os costumes do Estado ou com qualquer pretensa moralidade intrínseca ao direito, transformou-se em simples instância funcional de autoconservação do sistema político (FERRAJOLI, 2002, p. 222).

O Garantismo enquanto proposta simultânea de teoria jurídica, modelo normativo e de filosofia política busca seus fundamentos concomitantemente no âmbito social e jurídico, sem acorrentar-se, exclusivamente, em parâmetros dogmáticos ou extradogmáticos. A riqueza da Teoria Garantista advém de seu caráter crítico, decorrente do ponto de vista externo, e não deixa de ser uma teoria procedimental que busca suas bases no social. Ferrajoli, portanto, considera a Teoria Funcional Sistêmica de Luhmann um exemplo de “legalismo ou formalismo ético”, “[...] em razão daquela perversão ideológica e autoritária do positivismo jurídico segundo a qual o direito se autojustifica, bastando para tanto a sua forma e a sua fonte, independentemente do seu conteúdo.” (FERRAJOLI, 2002, p. 208).

O perigo dessas teorias que trabalham apenas com a legitimidade interna (jurídica) é ignorar os conteúdos das normas, legitimando absurdos como os frequentes exemplos de materializações do *Feindstrafrecht* como as prisões preventivas, os tipos penais de autor, os crimes de infração de dever (*Pflichtdelikte*), a antecipação de barreiras punitivas, a

punibilidade de atos preparatórios, dentre outras. Tanto é que Jakobs, ao partir da premissa de que o Direito constitui-se como um “sistema autopoietico”²², no qual produz suas normas de forma autônoma em relação ao ambiente e aos outros sistemas da sociedade, cada Estado tem os mecanismos próprios para expurgar do sistema jurídico aquelas normas incompatíveis (inconstitucionais). Assim, caberia ao Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, no caso brasileiro, dizer o que é ou não é Direito. Também advoga por uma democracia formal ao legitimar todo e qualquer diploma legislativo, pois nas palavras de Polaino Orts (2006, p. 198): “¿Qué mayor legitimación existe si son aprobadas por un Parlamento democrático, que refleja la voluntad y la soberanía de todos los ciudadanos?”. Sobre essas justificações puramente jurídicas (ignorando uma legitimidade e uma democracia substanciais), Ferrajoli diz que:

[...] são, nos mais variados modos, apologéticas das concretas escolhas e dos conteúdos contingentes do direito penal positivo, em relação ao qual desenvolvem uma função de legitimação ideológica, identificando-o, em maior ou menor escala, com a justiça; ao mesmo tempo são solidárias com modelos de direito penal máximo e tendencialmente ilimitado (FERRAJOLI, 2002, p. 221).

4.3 A Legitimação da Violência Estatal para Manutenção do Estado de Direito? Um Terceiro Retrocesso

A busca desmedida pela ordem e segurança do DPI²³, incorre numa cristalina incompatibilidade com um SG por buscar a manutenção da ordem jurídica a qualquer custo, mesmo diante das elevadas “cifras da injustiça”²⁴. O problema aqui se centra na (in)compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o Estado Democrático de Direito e suas estruturas, e se estaria este último, em sua conjuntura atual, preparado para enfrentar a criminalidade atual, eminentemente aquela oriunda de atos terroristas e da criminalidade organizada. Em outras palavras, seria o Direito Penal do Inimigo um mal necessário do Estado Democrático de Direito ou a pior forma de terrorismo, aquele praticado pelo Estado? Jakobs tenta justificar que “[...] a única forma de ‘salvar’ o ‘direito penal do cidadão’ com todas as suas garantias, impedindo a sua contaminação por medidas de um

²² “Para as doutrinas autopoieticas, o Estado é um fim, e encarna valores ético-políticos de características supra-social e supra-individual cuja conservação e reforço para o direito e os direitos hão de ser funcionalizados.” (FERRAJOLI, 2002, p. 706).

²³ “Radbruch falou com acerto do valor irrenunciável da segurança jurídica invocando para isso a expressão de Goethe de que poderia suportar melhor uma injustiça do que a desordem.” (JAKOBS, 2003e, p. 10).

²⁴ “Porém, a cifra da injustiça, como facilmente perceptível na análise até o momento realizada, é, principalmente, o produto da carência normativa ou da não efetividade prática das garantias penais e processuais, que acabam por prestar-se ao arbítrio e ao erro.” (FERRAJOLI, 2002, p. 168-169).

direito de exceção que, na verdade, estariam orientadas ao inimigo, é reconhecendo o *Feindstrafrecht* [...]” (D’ÁVILA, 2006, p. 96). Tal bifurcação é a forma que Jakobs encontrou para promover a proteção das garantias fundamentais dos cidadãos no Estado Democrático de Direito. Contudo, uma das mais divulgadas críticas ao DPI consiste nas rachaduras provocadas por este modelo criminal nas balizas do Estado de Direito. Inclusive, na introdução da obra “O inimigo no Direito Penal”, Zaffaroni (2007, p. 9) manifesta-se no seguinte sentido: “Este ensaio aborda a dialética entre o Estado de direito e o de polícia, traduzida no campo penal na admissão, mais ampla ou mais restrita, do tratamento punitivo a seres humanos, privados da condição de pessoas.”.

Isto se justificaria porque diante de alguns ordenamentos jurídicos democráticos que possuem uma amálgama dessas duas categorias, nota-se um aumento da insegurança na aplicação do Direito Penal, e o DPI “[...] no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una *ultima ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente.” (JAKOBS, 2008, p. 207). Contudo, em vez de ser um remédio para o Estado de Direito, o DPI provoca o óbito de todo o Direito Penal com “[...] la confusión entre derecho penal y guerra: nada más destructivo del derecho y del Estado de derecho.” (FERRAJOLI, 2008a, p. 239). E pior, as mutações observadas em alguns Estados de Direito têm coadunado com este paradigma penal de emergência, conforme palavras de Canotilho (2006, p. 334):

O Estado de direito democrático-constitucional volta a albergar o estado de exceção como estado de necessidade sem as restrições do ‘direito de necessidade’. Um direito penal de permanência com as mutações naturais da sua historicidade evolui para um direito penal de emergência.

Notável o retrocesso para o Garantismo que se preocupa justamente em minimizar a violência e ampliar as esferas de liberdade, enquanto o DPI intenta otimizar a violência da pior forma possível: legítima e amplia as formas de violência do Estado contra as pessoas, *data venia*, contra as não-pessoas²⁵. O *Feindstrafrecht* guarda similitudes e até mesmo fortes laços com aqueles modelos de Direito Penal autoritários, negando um Estado de Direito forte ou substancial²⁶ (indispensável para o Garantismo penal) porque

²⁵ “[...] conduce a un derecho penal que no se dirige a personas sino a individuos los cuales en relación con un determinado comportamiento han de ser estimulados, en caso necesario desconectados y, ya en casos extremos, combatidos: derecho penal de enemigos.” (JAKOBS, 2003a, p. 86).

²⁶ “[...] fuerte o sustancial, ‘Estado de Derecho’ designa, en cambio, solo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no solo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.” (FERRAJOLI, 2003, p. 13).

acaba por reprimir não “[...] tanto ou não apenas determinados comportamentos, senão atitudes ou situações subjetivas de imoralidade, de perigosidade ou de hostilidade ao ordenamento, para além de sua exteriorização em manifestações delituosas concretas.” (FERRAJOLI, 2002, p. 80).

Por fim, as rachaduras provocadas por esta construção jakobsiniana no Direito Penal democrático, laico e liberal são permanentes, devendo ser rechaçada, pois “[...] en un Estado democrático de derecho no debería existir más violencia legal que la estrictamente necesaria para controlar otras formas de violencia[...].” (FERRAJOLI, 2008c, p. 175). A pretensão de Jakobs em se reconhecer e legitimar o DPI para salvaguardar as estruturas garantistas de um Direito Penal do Cidadão é duramente criticada por Prittwitz (2004a, p. 119): “[...] la propuesta formulada por Jakobs en virtud de la cual el expreso reconocimiento del ‘Derecho penal del enemigo’ podría salvaguardar el ‘Derecho penal del ciudadano’ carece de fundamento empírico alguno.”. E mais, Zaffaroni (2007, p. 160) chama a atenção para o fato de que “[...] Jakobs deve ser criticado pela introdução de elementos próprios do Estado absoluto no interior do Estado de direito, sem se dar conta que isso o implode.”. Além da crítica à construção de Jakobs sobre o Direito Penal enquanto reflexo da identidade social, Greco (2004, p. 39) dispara ainda que no Estado de Direito “[...] a identidade normativa de uma sociedade não apresenta valor qualquer. O que interessa não é se uma sociedade é idêntica a si mesma, e sim se ela consegue garantir o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais do cidadão”.

4.4 A Supressão de Garantias e Ofensa aos Direitos Fundamentais: Quarto Retrocesso

Neste íterim, a questão está em se considerar ou não o DPI como absoluto. Será que em nenhuma hipótese podem ser flexibilizados os direitos de um criminoso/investigado? Prittwitz (2004a, p. 111-112) adianta que “[...] nunca Jakobs y tampoco en el año 1985 ha defendido un modelo garantista eterno e inalterable.”. Tal postura parece decorrer de uma provocação feita por um dos principais teóricos de seus escritos: Luhmann. Este escreveu em 1993 um artigo intitulado “*Are there still Indispensable norms in our society?*”, no qual levanta a seguinte questão:

Imagine: You are a high-level law-enforcement officer. In your country – it could be Germany in the not-too-distant future – there are many left – and right-wing terrorists – every day there are murders, fire-bombings, the killing and injury of countless innocent people. You have captured the leader of such a group. Presumably, if you tortured him, you could save many lives –

10, 100, 1000 – we can vary the situation. Would you do it? (LUHMANN, 2009, p. 18).

Importante aqui mencionar que a possibilidade de supressão de garantias e Direitos Fundamentais cinge-se na “esfera do indecível” (“Esa esfera de lo no decidable – ‘qué cosa’ no es lícito decidir o no decidir)– no es sino lo que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría.” (FERRAJOLI, 2008d, p. 212), peculiaridade da democracia constitucional ou de Direito da Teoria Garantista. Ora, este conceito de Ferrajoli é uma blindagem dos Direitos Fundamentais em face da vontade da maioria. Segundo ele, as Constituições estabelecem como vínculos e limites a maioria tanto a igualdade dos cidadãos – independentemente de serem desviados ou não – quanto à garantia de seus direitos fundamentais, principalmente a vida e a liberdade pessoal, as quais não podem ser sacrificadas por nenhuma vontade da maioria, nem por interesse geral, nem por algum bem comum ou público (FERRAJOLI, 2008b, p. 197). Portanto, o código binário penal elevado ao extremo (cidadão/inimigo; pessoa/não-pessoa) por Jakobs não pode ser aceito por um Estado de Direito substancial, no qual as garantias fundamentais de todos são invioláveis, sejam ou não “inimigos”.

Exemplos de ofensa aos princípios constitucionais penais da igualdade e da presunção de inocência não faltam nas legislações de vários Estados tidos como democráticos, sendo que o tratamento dos delinquentes como inimigos, destacadamente no caso dos terroristas, “[...] tiene capacidad bastante para arrolar todas las garantías del derecho penal, desde el principio de legalidad al de culpabilidad, desde la presunción de inocencia hasta la carga de la prueba y los derechos de la defensa.” (FERRAJOLI, 2008a, p. 236). Inclusive se chega ao absurdo de não ser possível falar em violação de garantia, conforme Müssig (2006, p. 389) salienta “[...] la desformalización ínsita en la concepción de um Derecho penal del enemigo conduce consecuentemente a la ausencia de toda protección juridico-processual cuando concorra cualquier sospecha o indicio.”. A título de exemplo, como defender um investigado ou réu que é visto como deturpador da ordem civil e do pacto social, qual a defesa (se é que se possa imaginar) para um inimigo da sociedade? Nenhuma para o acusado (ou melhor, condenado, pois já há um juízo valorativo embutido nesta terminologia adotada), sob a justificativa de uma (pseudo) segurança jurídica²⁷.

²⁷ “[...] la opción por la violencia y por la exclusión, bajo la enseña de la oposición amigo/enemigo, y consecuentemente por la demolición de las libertades fundamentales mismas como precio necesario de una ilusoria seguridad.” (FERRAJOLI, 2008a, p. 248).

Além disso, ao permitir a supressão de garantias fundamentais do indivíduo tanto de índole material quanto processual²⁸ pelo abandono do Direito, e de certa forma do Estado pelo inimigo (autoexclusão para Jakobs da condição de pessoa em Direito²⁹) não leva em consideração o fato de que em muitas situações, nenhuma dessas instituições do Estado chegou ao indivíduo. Conclusivamente, exigir dele um comportamento lícito e compatível como aquele é, no mínimo, um ato hipócrita, desumano e surreal³⁰.

4.5 A “Neutralidade” do Direito Penal do Inimigo e a sua Falácia Naturalista: Quinto Retrocesso

Primeiramente, a escolha pelo adjetivo “inimigo” é, talvez, a crítica mais contundente a Jakobs, pois ainda que apenas refletisse e fizesse uma constatação fática (um juízo de fato, apurativo, analítico) das legislações penais contemporâneas, tal terminologia jamais teria o condão de ser neutra. Contudo, há quem defenda o emprego do termo “inimigo” de uma forma valorativamente neutra, pois apenas descreve um fenômeno político criminal atual, não tendo o intuito de emitir nenhum juízo de valor, seja ele positivo ou negativo. Argumenta-se que além do fato de ser “[...] como todos los nombres, una convención lingüística, que no prejuzga la *imputación del sentido* de dicho término.” (POLAINO ORTS, 2006, p. 95).

Desta forma, ainda que seja sustentada tal “neutralidade” como uma das características do Direito Penal do Inimigo, indiscutível que “a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras.” (AGAMBEN, 2007, p. 15). A neutralidade decorrente do Direito enquanto ciência é transplantada para a categoria do Direito Penal do Inimigo, influenciada pelo pensamento de Kelsen³¹. Desta forma, ao considerar o Direito como ciência autônoma, adotando

²⁸ “Las consecuencias de un Derecho penal del enemigo para el proceso penal son imprevisibles (normativamente; cognitivamente lo son, y mucho).” (MÜSSIG, 2006, p. 389).

²⁹ “Como derecho original y deber original se puede contemplar la facultad abstracta de adquirir derechos y deberes concretos: es persona quien es capaz jurídicamente. Por consiguiente, está excluido del ámbito de las personas aquél que no puede “disfrutar” de ningún derecho ni soportar ningún deber; está parcialmente excluido quien no participa de determinados derechos y deberes.” (JAKOBS, 2003a, p. 73).

³⁰ “Se trataría de analizar si el Estado mismo propicia un respeto al Derecho, o si es él, en cambio, y sus instituciones, los primeros que no respetan el orden jurídico: un Estado que no propicia la socialización en el Derecho, no está muy legitimado para exigir el respeto al orden jurídico y castigar tan duramente a quien no lo hace.” (APONTE, 2006, p. 181).

³¹ “Na medida em que a ciência jurídica em geral tem de dar resposta a questão de saber se uma conduta concreta é conforme ou é contrária ao Direito, a sua resposta apenas pode ser uma afirmação sobre se essa conduta é prescrita ou proibida, cabe ou não na competência de quem a realiza, é ou não permitida, independentemente do facto de o autor da afirmação considerar tal conduta como boa ou má moralmente, independentemente de ela merecer a sua aprovação ou desaprovação.” (KELSEN, 1976, p. 125).

uma justificação interna tão somente (jurídica), Jakobs, através do *Feindstrafrecht*, acaba por presumir uma legitimidade *a priori* do Direito Penal Positivo: “O abandono do ônus da justificação em razão do seu caráter não científico, conduziu-os, com efeito, a naturalizar o direito positivo e a obliterar o problema filosófico-político da sua justificação externa, e, portanto, dos seus limites e das suas funções.” (FERRAJOLI, 2002, p. 185).

Essa suposta neutralidade dessa construção (assim como da própria ciência) permite a contemplação de construções teóricas que foram nefastas para a humanidade, tais quais as teorias lombrosianas e de Mezger como salientado acima. Mesmo ressaltada a coerência teórica e metodológica adotada por Jakobs, Prittwitz afirma que “o conceito de ‘não-pessoa’ não mais pode ser usado após 1945” (PRITTWITZ, 2004b, p. 43). Rechaçado o ‘relativismo’ e a ‘proporcionalidade’ do DIP, claro fica que não é possível um conceito limitado de inimigo. A relativa despersonalização do indivíduo, responsável por tolher algumas garantias processuais e materiais penais, e, às vezes, trazer restrições somente neste âmbito do Direito acaba por não convencer, já que conforme Zaffaroni (2007, p. 161) “[...] esta tática de contenção está destinada ao fracasso, porque não reconhece que para os teóricos – e sobretudo para os práticos – da exceção, esta sempre invoca uma necessidade que não conhece lei nem limites.”.

Recuperando as concepções do DPI trazidas no segundo item deste trabalho, notável que Jakobs não deixa claro em seus escritos quando está descrevendo e quando está prescrevendo³², o que não deixa de ser um ato de irresponsabilidade, no mínimo, já que tal categoria tão severa não poderia ser utilizada de qualquer modo³³. Quando se pronuncia ou se lê o termo inimigo, a reação lógica é questionar: inimigo de quem? Tratando-se de uma ciência como o Direito Penal, tais escolhas trazem reflexos turbulentos na vida social (e não os soluciona como pensa o autor alemão), o que se deveria refletir com mais cautela, não se preocupando apenas com o aspecto abstrato-científico de tal teoria³⁴.

³² “Minha principal crítica é a falta de clareza de Jakobs a respeito do caráter de sua teoria: está ele falando de uma função em sentido descritivo (o modo como o direito penal realmente opera) ou em sentido normativo/prescritivo (aquilo que o direito penal deve almejar)?” (GRECO, 2004, p. 39).

³³ “[...] Jakobs es, como se ha advertido, en extremo ambiguo, y esta actitud si es criticable.” (APONTE, 2006, p. 176).

³⁴ “E parece igualmente notável e lamentável que a crítica quase unânime e dura que o conceito de Jakobs no direito penal do inimigo recebeu da ciência do direito penal alemã, na minha opinião, só se refira ao conceito. Tivesse ele escolhido outro nome, e teria recebido o aplauso de muitos colegas.” (PRITTWITZ, 2004b, p. 44).

Inclusive, Ferrajoli assevera que: “[...] en la teoría política y em la teoría jurídica no siempre – más bien casi nunca – se distingue analíticamente el estatuto diverso de los dos discursos, descriptivo en un caso, normativo en el otro.” (FERRAJOLI, 2008a, p. 236). Disso, o que é mais preocupante no âmbito do tema aqui analisado é a passagem do sentido descritivo – realizada cegamente ou não por Jakobs – para o normativo³⁵, incorrendo numa nítida “falácia naturalista”³⁶. Neste sentido, conforme finaliza Greco (2005, p. 227) sobre o catedrático de *Bonn* “[...] deduz de suas premissas supostamente descritivas conclusões de caráter normativo, o que já por motivos lógicos (palavra-chave: falácia naturalista) só é possível se também as premissas forem normativas.”.

5 O 11 DE SETEMBRO... WAR AGAINST TERROR... USA PATRIOT ACT...

Feitas as críticas de fundamento Garantista ao *Feindstrafrecht*, agora serão apontadas as drásticas mudanças trazidas pelos atentados de 11 de setembro de 2001 ao tratamento dispensado aos Direitos Fundamentais e a necessidade de enrijecimento da legislação penal e processual penal nos Estados Unidos da América. Isto leva, infelizmente, a adoção de um verdadeiro Direito Penal do Inimigo para a luta/combate contra o terrorismo, levando Prittwitz a salientar que “El 11 de septiembre ha venido a confirmar lo difícil que resulta hoy día establecer la diferencia entre el Derecho penal y guerra.” (PRITTWITZ, 2004a, p. 98).

A principal materialização disso está no denominado *USA Patriot Act* (promulgado pelo Senado norte-americano em 26 de outubro de 2001). Esta norma norte-americana permite a execução de prisões em decorrência do fato de pertencer ou ter conexão com pessoas de certas etnias, ignora direitos civis básicos como o direito a *habeas corpus* e chega ao absurdo de “[...] to compel libraries to report the books people had borrowed.” (DWORKIN, 2006, p. 25). Observa ainda MUNOZ CONDE que alguns dispositivos dessa mesma “carta de restrições fundamentais” norte-americana “[...] permiten al FBI, sin control judicial, detener a ciudadanos, o recabar de las empresas datos sobre la intimidad de sus clientes y trabajadores y otras muchas violaciones de derechos fundamentales [...]” (MUÑOZ CONDE, 2005a, p. 41).

³⁵ “Afimial, a palavra ‘inimigo’ é tão carregada valorativamente, que parece muito difícil empregá-la apenas para descrever. A mera utilização da palavra já parece criar automaticamente divisões e polarizações, que ameaçam envolver até mesmo aquele que supostamente descreve em sua irresistível dinâmica.” (GRECO, 2005, p. 235).

³⁶ “[...] trata-se de uma *tese meta-lógica* – precisamente uma aplicação da denominada Lei de Hume – que preclui como ‘falácia naturalista’ a derivação do direito válido ou ‘como é’ do direito justo ou ‘como dever ser’ e vice-versa.” (FERRAJOLI, 2002, p. 176).

Outro ponto polêmico é a indeterminação legal em que alguns “inimigos” se encontram, não sendo nem acusados nem prisioneiros, mas apenas detidos, chegando-se ao absurdo de “[...] anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável.” (AGAMBEN, 2007, p. 14). Portanto, tal abordagem, trazida à baila desde 1985 pelo penalista alemão, ganha vida na atualidade, tendo em vista que o terrorismo é um dos solos férteis do tão contestado (e constatado!) Direito Penal do Inimigo, assim as legislações de inúmeros Estados têm adotado uma postura na qual são flexibilizados (quando não tolhidos) inúmeros direitos fundamentais dos cidadãos, visando à sua efetiva proteção e das estruturas do próprio Estado de Direito, como os Estados Unidos da América.

Assim, após o 11 de setembro, o inimigo está ontologicamente indicado, principalmente nas prisões de *Guantánamo* e de *Abu Ghraib*. Ora, próximo de um utilitarismo, torturas e maus-tratos foram implementados nessas prisões com a justificação de encontrar e dismantlar ações e redes terroristas. Isto fez com que Müssig (2006, p. 390) reconhecesse por meio de uma premonição fatídica que o Direito Penal do Inimigo “Como concepto afirmativo, en cambio, identifica un mundo de sombras del Derecho: el estado de excepción como orden. Este mundo de sombras es ya realidad y presagio fatídico: Guantánamo”. Por fim, D’Ávila sustenta a contundente crítica de que:

[...] ao buscar (re)estabelecer um já conhecido modelo de direito penal do agente, direcionado à punição de atos meramente preparatórios, no qual o objetivo da pena é tão só inocuizar uma ‘inaceitável’ fonte de perigo, e no qual o processo se assume como instrumento de facilitação na obtenção de fins político-criminais acentuadamente demagógicos, como é o caso, v.g., da denominada ‘guerra contra o terrorismo’, deveria, de imediato, ser jogada no espaço crítico da indiferença e do absurdo, no espaço das idéias surreais às quais não é concedida qualquer pretensão de concretude (D’ÁVILA, 2006, p. 97).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal não é capaz de solucionar os problemas desta sociedade complexa, principalmente os do terrorismo e da criminalidade organizada, sob pena de instituímos uma verdadeira guerra, na qual se apontam os inimigos, buscando-se a todo custo sua destruição. Torna-se, de fato, e, no mínimo, perigoso, trabalhar com esta categoria no Direito Penal, pois em sua concretização alguns inocentes podem pagar o preço das “boas intenções” de segurança objetivadas por tal construção, contradizendo uma necessária postura garantista.

Além disso, em respeito à sangrenta história de opressão (cujas vítimas mais representativas foram os escravos, os doentes mentais, as bruxas, os judeus, os pobres, e hoje são os estrangeiros, os latino americanos, os africanos, os muçulmanos³⁷) da humanidade, umas das cautelas deveria partir dos próprios conceitos empregados na formulação de teorias penais. Infelizmente isto acabou em segundo plano com o silêncio e o jogo sombrio de descrever e legitimar de Günther Jakobs.

Conclui-se que o Direito Penal do Inimigo constitui uma real ameaça tanto para o futuro do Estado de Direito (substancial) quanto para o Direito Penal democrático e garantista. Por todo o exposto, e sob o risco de sua assimilação ou desvirtuamento pelos Estados, o *Feindstrafrecht* como teoria deve ser rechaçado pela cultura jurídica através de sua função crítica; e as normas alimentadas por (ou com ranços de) este conteúdo devem ser declaradas inválidas no sentido apontado por Luigi Ferrajoli.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?**: apuntes sobre el concepto material del delito. Lima: Grijley, 2004.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

APONTE, Alejandro. Derecho Penal del Enemigo vs. derecho penal del ciudadano. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Madrid/Buenos Aires: Edisofer y IBdeF, 2006. p. 163-204.

³⁷ Neste sentido é rico o estudo feito por Zaffaroni no tocante ao inimigo na história do Direito Penal. Vide capítulo II – “O inimigo na prática do exercício real do poder punitivo”, p. 29 a 82, in Zaffaroni, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça constitucional e justiça penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 58, p. 329-344, jan.-fev. 2006.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O inimigo no direito penal contemporâneo: algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 95-108.

DWORKIN, Ronald M. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares *et al.* São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. El “derecho penal del enemigo” y la disolución del derecho penal. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008a. p. 234-250.

FERRAJOLI, Luigi. Garantias y derecho penal. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008b. p. 192-207.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y democracia. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008d. p. 208-219.

FERRAJOLI, Luigi. La legalidad violenta. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008c. p. 175-191.

FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-29.

GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: SAFE, 2005,

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, ano VI, n.º 7, dez. 2005.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003e.

JAKOBS, Günther. **Criminalización em el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**: estudios de derecho penal. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003b.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El derecho penal ante las sociedades modernas**: dos estudios de dogmática penal y política criminal. Lima: Grijley, 2006.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del enemigo?: un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. Traducción de Manuel Cancio Meliá. **Panóptica**, Vitória, ano 2, n. 11, p. 197-213, nov.-fev. 2008.

JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión en derecho penal. Traducción de Teresa Manso Porto. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **El funcionalismo en derecho penal**: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003a. p. 71-90.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003c.

JAKOBS, Günther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003d.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. Tradução de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (Coord.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-107.

LUHMANN, Niklas. Are there still indispensable norms in our society?: Translated by Todd Cesaratto. *Soziale Systeme*, v. 14, Heft 1, S. 18-37, 2008. Disponível em: <http://www.soziale-systeme.ch/pdf/sozsys_1-2008_luhmann-norms.pdf>. Acesso em: 10 set. 2009.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Teoría de sistemas y derecho penal**. fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005. p. 69-85.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v.1 Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005a.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**. Tradução de Paulo César Busato. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005b.

MUÑOZ CONDE, Francisco. El nuevo derecho penal autoritário. In: LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). **El derecho ante la globalización y el terrorismo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 161-183.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

MÜSSIG, Bernd. Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio: algunas tesis. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: IBdeF, 2006. p. 371-390.

POLAINO ORTS, Miguel. **Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto**. Lima: Grijley, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del derecho penal? In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Ed.); MARTÍN, Víctor Gómez (Coord.). **La política criminal en Europa**. Traducción de Juan Carlos Hortal Ibarra. Barcelona: Atelier, 2004a. p. 107-119.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Tradução de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004b.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RECASENS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofía del derecho**. Cuarta edición. Mexico: Porrúa, 1970.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Submissão em: maio de 2010
Pareceres favoráveis em: setembro de 2010

A Ineficácia da Punibilidade no Crime do Artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98)

MICHELLE LUCAS CARDOSO BALBINO*

Resumo: O presente trabalho tem como finalidade desenvolver um estudo acerca da eficácia da punibilidade prevista no artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98), buscando medidas mais coercitivas para a proteção do meio ambiente. Foram analisadas as questões básicas acerca do meio ambiente e do Direito Ambiental, dando destaque à Lei de Crimes Ambientais e aos princípios ambientais aplicáveis à matéria. O estudo acerca do artigo 46 da lei ambiental em análise expõe, dentre outros pontos, as penas aplicadas aos infratores desse tipo penal, apresentando o procedimento adotado desde a apreensão policial até a sentença penal. A destinação dos produtos e dos instrumentos da infração deu ensejo à discussão sobre a possibilidade da Prisão Civil do Depositário Infiel frente à Emenda Constitucional n.º 45. A ação criminosa através da Máfia do Carvão demonstra a grande incidência do delito e a crescente destruição do meio ambiente. Portanto, o presente trabalho visa à reflexão acerca dos problemas ambientais existentes e a ineficácia com que a legislação e os entes jurídicos tratam a punibilidade dos degradadores.

Palavras-Chave: Meio Ambiente. Crime Ambiental. Prisão Civil de Depositário Infiel. Preservação. Recuperação.

* Mestre em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pós-Graduada em Gestão Pública pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-Graduada em Direito Público pela Sociedade Universitária Gama Filho. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas –UNIPAM. Coordenadora do Curso de Direito da FACTU e Professora Universitária.

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente pertence a toda a humanidade. A crescente degradação ambiental que vem ocorrendo ao longo da história causa grande preocupação a toda a sociedade, pois, ao destruir o ambiente, o homem está matando o seu bem mais precioso; sua condição de sobrevivência no planeta Terra.

A proteção do ecossistema é essencial para o futuro da humanidade, sendo dever do Estado e de cada cidadão a implantação de métodos efetivos que visem a conservar os recursos naturais ainda existentes e recuperar os recursos que já sofreram mudanças com a ação do homem.

Um grande passo já foi dado com a publicação da Lei n.º 9.605/95 (Lei de Crimes Ambientais), na qual o legislador brasileiro, com o intuito de proteger o meio ambiente, passou a punir, mesmo que de forma muito singela, os atos de destruição provocados pelo homem.

Em seu artigo 46, a Lei de Crimes Ambientais imputou diversos núcleos que visam restringir à atuação do homem na prática de comércio, depósito e transporte de madeiras e seus derivados, sem a correta exibição de licença outorgada pela autoridade competente.

Atualmente, existem duas possibilidades de punições previstas no artigo 46 da presente lei: a pena de detenção e a pena de multa. Contudo, há ainda a possibilidade de o próprio infrator tornar-se depositário da carga, e em caso de rompimento de tal obrigação, caberá a possibilidade de prisão civil por depositário infiel. Porém, devem-se analisar a utilização de tal instituto frente à Emenda Constitucional n.º 45.

A possível ineficácia desses meios de punição leva a refletir acerca do valor do meio ambiente frente aos interesses econômicos de cada indivíduo.

Por se tratar de um bem coletivo, o meio ambiente necessita de ampla proteção contra grandes redes de criminosos que buscam, sem respeito aos limites dos recursos naturais, o seu próprio enriquecimento.

A preservação do meio ambiente e a utilização ecologicamente correta dos seus frutos deve ser o ponto primordial para a dosimetria da pena e para a busca de novos meios de punição para o delito em tela.

Portanto, o presente trabalho faz uma reflexão acerca da punibilidade do artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais, a inaplicabilidade das penas existentes e a busca de novos meios de punição, com um único objetivo: a preservação do nosso meio ambiente.

2 MEIO AMBIENTE E DIREITO AMBIENTAL

Antes de do início das presentes considerações acerca dos crimes contra o meio ambiente, mais especificadamente o crime tipificado no artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais, devem ser apresentados alguns conceitos fundamentais para o entendimento da matéria.

Vale registrar uma curiosidade linguística bastante pertinente apontada por Freitas (2005, p. 24): “Expressão meio ambiente, embora possa ser tida por redundante, pois a palavra ambiente inclui a noção de meio, está ela consagrada na língua portuguesa, sendo acolhida pelo constituinte e legislador ordinário.”.

O Meio Ambiente pode ser conceituado como sendo os componentes ambientais naturais, como a água, o ar, o solo, a fauna e a flora; e os componentes artificiais, como o patrimônio construído, a poluição (conceito amplo). Porém, há doutrinadores que restringem o conceito de meio ambiente, considerando apenas os componentes ambientais naturais (conceito restrito).

O meio ambiente é o pilar de toda a vida existente na terra. A partir do momento que por intervenção antrópica, o meio passa a ser degradado afetando todas as espécies. Cabe à sociedade, por meio de diversos mecanismos, fazer cessar as agressões e ameaças de agressão.

Nesse intuito, nasceu o Direito Ambiental, apresentando mecanismos que visam regular a intervenção humana no meio em que vive. Assim,

Inserido na terceira geração dos direitos do homem, considerado como um direito fundamental, o direito ambiental se constitui num novo ramo do direito que pressupõe toda uma nova filosofia que informa a maneira de encarar o direito, podendo-se afirmar que é o primeiro ramo do direito que nasce, não para regular as relações dos homens entre si, mas para tentar disciplinar as relações do homem com a natureza (FREITAS, 2005, p. 35).

De forma bem singela, pode-se considerar o Direito Ambiental como sendo “um conjunto de princípios e regras, que regula a relação entre o homem e o entorno, o ecossistema em que vive, a fim de lhe garantir uma sadia qualidade de vida.” (FREITAS, 2005, p. 37).

Logo, conclui-se que o Direito Ambiental é um direito difuso da terceira geração. E é multidisciplinar.

3 A LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

3.1 A Multidisciplinaridade da Lei dos Crimes Ambientais

A Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98) tem como bem jurídico, genericamente tutelado o meio ambiente, atuando na reparação dos danos e na sua preservação. “O pacto social do qual resultou a Constituição de 1988, erigindo o meio ambiente à condição de relevante valor da coletividade, não só proporciona como exige que o Direito Penal dele também se ocupe.” (COSTA NETO; BELLO FILHO; COSTA, 2001, p. 52).

Dentre os crimes elencados pela Lei, têm-se os crimes contra a fauna e a flora, os crimes de poluição, crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e os crimes contra a administração ambiental.

Vale lembrar que um mesmo tipo penal presente nesta norma penal ambiental pode tratar de mais de um bem imediatamente considerado, visto que o Direito Ambiental é multidisciplinar, podendo atuar em várias frentes de proteção, garantindo assim, o seu objetivo final, qual seja, a preservação geral do meio ambiente.

3.2 Princípios do Direito Ambiental

Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele), que permitem aferir a validade das leis. Auxiliam na interpretação da legislação e, em matéria ambiental, são utilizados pelo ordenamento jurídico ambiental para compreender a forma de como a proteção do meio ambiente é vista pela sociedade.

Como disciplina autônoma, o Direito Ambiental possui princípios próprios, expressamente elencados na Constituição Federal de 1988, como o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio do poluidor-pagador, o princípio da participação, o princípio da educação ambiental e, diversos outros princípios presentes na legislação infraconstitucional, tais como o princípio da prevenção, o princípio da precaução, o princípio da correção na fonte.

Dentre os princípios que circundam o Direito Ambiental, destacam-se os de maior relevância ao presente estudo, princípios estes, essenciais à formação da base teórica que fundamentou o dispositivo em análise.

O Princípio da Precaução (Prudência ou Cautela) visa garantir os cuidados necessários para a preservação do meio ambiente, fator determinante para a existência ou não do tipo penal estabelecido em lei. Utilizando-se da cautela, não haverá possibilidade de incidência das sanções presentes na Lei de Crimes Ambientais.

Contribui para a preservação do meio ambiente buscando a legalidade na utilização dos recursos naturais disponíveis, por meio do desenvolvimento sustentável da atividade, sem prejuízo ao meio ambiente.

Já o Princípio da Prevenção visa à proteção do meio ambiente, aplicado frente aos impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis.

Por seu turno, o Princípio da Responsabilidade, tem maior aplicação na Lei dos Crimes Ambientais (LCA), pois qualquer violação da norma implicará na sanção pré-estabelecida por ela. Nos crimes contra o meio ambiente, torna-se necessário a aplicação de sanções aos responsáveis pelo delito, visto que o bem aqui protegido pertence a toda a humanidade.

Percebe-se, contudo, que tal princípio torna-se ineficaz ou quase inexistente frente à aplicação prática dos delitos previstos na presente lei, visto que, mesmo existindo a tipificação do delito, sua sanção é ínfima perante os danos causados ao bem tutelado.

4 ANÁLISE DO ARTIGO 46 DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (LEI N.º 9.605 DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998)

Passa-se, agora, ao estudo do artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais, objeto deste trabalho. Inicialmente, a transcrição literal do cânone em estudo:

Artigo 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:
Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

O artigo em análise corresponde à reestruturação das alíneas “h” e “i” do artigo 26 do antigo Código Florestal (Lei n.º 4.771/65). *In verbis*:

Art. 26. Constituem contravenções penais, puníveis com três meses a um ano de prisão simples ou multa de uma a cem vezes o salário-mínimo mensal, do lugar e da data da infração ou ambas as penas cumulativamente:

[...]

h) receber madeira, lenha, carvão e outros produtos procedentes de florestas, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto, até final beneficiamento;

i) transportar ou guardar madeiras, lenha, carvão e outros produtos procedentes de florestas, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente;

[...]

A Lei de Crimes Ambientais englobou, em um só tipo penal, as alíneas “h” e “i” do artigo 26 do Código Florestal, elevando a matéria à categoria de crime, passando a abranger todos os produtos de origem vegetal e não só os produtos procedentes de florestas.

Além disso, o legislador criminalizou a conduta de quem vende ou expõe à venda, e não apenas de quem transporta ou guarda o produto, como outrora previsto na Lei n.º 4.771/65.

Como se verifica, as alíneas “h” e “i” do artigo 26 do Código Florestal foram revogadas pelo novo diploma, englobadas em um só tipo penal e elevadas à categoria de crimes.

O sujeito ativo é qualquer pessoa imputável, inclusive pessoa jurídica. Já o sujeito passivo é de forma direta a coletividade e indiretamente o proprietário ou possuidor da área donde foram retirados os produtos.

Tem como objetividade jurídica a tutela do patrimônio natural, aliada à preservação do meio ambiente. Tal intuito é através da licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, é a única forma de evitar que a madeira, lenha, carvão ou outros produtos de origem vegetal sejam negociados clandestinamente.

O objeto material é a madeira, lenha, carvão e outros produtos provenientes da flora nacional. Vale lembrar o disposto no artigo 12 do Código Florestal:

Art. 12. Nas florestas plantadas, não consideradas de preservação permanente, é livre a extração de lenha e demais produtos florestais ou a fabricação de carvão. Nas demais florestas dependerá de norma estabelecida em ato do Poder Federal ou Estadual, em obediência a prescrições ditas pela técnica e às peculiaridades locais.

O presente artigo, regulamentado pelo Decreto n.º 5.975, de 30 de novembro de 2006, esclarece que a extração de lenha e demais produtos procedentes de florestas depende de licença do Poder Público, o qual está representado pelo Ibama ou por órgão estadual que exerça tais atividades, mediante acordo prévio com o órgão federal.

O tipo objetivo do artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais, incluindo-se as infrações descritas no *caput* e no parágrafo único, está concentrado nas expressões *receber, adquirir, vender, expor à venda, manter em depósito, transportar e guardar*.

São vários núcleos do tipo, constituindo um crime de ação múltipla, sendo crimes comissivos. Os núcleos *receber, adquirir e vender* traduzem crimes materiais, ao passo que os demais núcleos espelham delitos de mera conduta.

A figura descrita no *caput* caracteriza-se com o recebimento ou aquisição, para fins comerciais ou industriais, de madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição da respectiva licença. A ação de *receber* consiste em aceitar o que é fornecido, ter posse de algo, neste caso os produtos estabelecidos neste artigo. *Adquirir* significa alcançar, conseguir, obter.

Já a conduta descrita no parágrafo único configura-se com a venda, a exposição à venda, o depósito, o transporte e a guarda dos referidos materiais, sem ter em seu poder licença válida. *Vender* significa transferir um bem em troca de pagamento, comercializar, negociar. A ação de *expor à venda* consiste em colocar à vista, exhibir, oferecer, apresentar, expressa ou tacitamente, o produto à celebração de negócio. Ter em depósito significa armazenar (modalidade esta de crime permanente). Transportar é ação de transferir de um local para outro – é o que sucede normalmente através de veículos, do local da extração ao destinatário final. *Guardar* é recolher, armazenar, manter sob os cuidados – é o que se faz enquanto se aguarda momento oportuno para o uso da madeira ou outro produto.

O elemento subjetivo geral do tipo é o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de realizar as condutas descritas no tipo penal. Porém há também o elemento subjetivo especial do tipo, contido na expressão “para fins comerciais ou industriais”.

Tem-se no *caput* a presença de elementos normativos identificados nas expressões atinentes à exigência de exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e ao porte da via que acompanhará o produto de origem vegetal (madeira, lenha, carvão, resinas, palmitos, raízes etc.) até final beneficiamento. No parágrafo único, o elemento normativo do tipo pode ser detectado na expressão “*sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.*” Não há forma culposa.

A consumação ocorre, na hipótese prevista no *caput*, com o ato de receber ou adquirir, para fins ali previstos, produtos de origem vegetal, sem exigir a licença devida e sem obter a via que deva calçar o produto até seu beneficiamento definitivo. Quanto à infração mencionada no parágrafo único, tem-se a consumação com a realização de qualquer das condutas descritas (vender, expor à venda, manter em depósito, transportar ou guardar madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal). Admite a tentativa.

A competência para processar e julgar os crimes contra a flora será da União, quando a área de preservação pertencer à União; ou dos Estados, quando a área de preservação pertencer a cada Estado da Federação.

A ação penal é pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público o oferecimento da denúncia.

Sendo aplicável a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95), por se tratar de crimes de menor potencial ofensivo (fato que a muitos causa revolta, por se tratar de crime contra o patrimônio mundial essencial a sobrevivência de todas as espécies e principalmente da preservação da humanidade), deverá ser lavrado Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO).

5 DA PUNIBILIDADE E O PROCEDIMENTO ADOTADO

A persecução penal nasce com a prática do fato delituoso. No Brasil, é feita nos moldes do sistema da duplicidade de instrução, ou seja, comporta duas fases: investigação (apuração da autoria e da materialidade) e ação penal (aplicação da lei ao caso concreto).

As autoridades policiais, através do inquérito policial, fazem a investigação criminal preliminar, quando são colhidas provas importantes, tais como o resgate das provas produzidas nos locais de crimes, interceptações telefônicas e/ou escutas ambientais judicialmente autorizadas, acompanhamentos, buscas e apreensões ou garimpadas em atividades de inteligência policial.

As provas aqui obtidas contribuem para a formação de um conjunto probatório robusto proporcionando ao Ministério Público mais subsídios para as ações penais, dentro dos princípios e regras que regem um Estado Democrático de Direito.

Nos crimes de menor potencial ofensivo, em atendimento ao disposto na Lei dos Juizados Especiais (JESP) Cíveis e Criminais e no intuito de dar maior celeridade à ação penal, passou-se a lavrar o Termo Circunstanciado de Ocorrência, de forma bem sucinta, reduzindo assim, a fase investigativa. Vale conferir os ensinamentos seguintes:

Com o advento, entretanto, da Lei n.º 9.99/95, pode-se dizer que, apesar de continuarmos adotando o sistema da duplicidade de instrução, a primeira fase, concernentemente à investigação, em nome dos princípios da celeridade e informalidade, foi reduzida de tal forma que a Autoridade Policial só deverá colher os elementos existentes no clamor do fato, de forma sucinta, lavrando-se o que se denomina termo circunstanciado, que nada mais é do que uma coleta abreviada das versões dos envolvidos, indicação de testemunhas e outros dados relevantes, constando o registro de requisição do exame de corpo de delito e outras perícias (LIMA, 2001, p. 41).

Portanto, com a redução da atividade investigativa, a possibilidade de êxito na efetividade dos trabalhos da Justiça, também estará limitada às provas produzidas no clamor do fato criminoso.

A Ação penal é a atividade que impulsiona a jurisdição penal. Assim, é o direito ou o poder-dever de provocar o Poder Judiciário para que decida o conflito nascido com a prática de conduta definida em lei como crime.

Nos crimes contra o meio ambiente, a ação penal é pública incondicional (artigo 26 da Lei de Crimes Ambientais), “promovida pelo Ministério Público por meio de denúncia, que constitui sua peça inicial.” (JESUS, 2003, p. 661).

Quando a infração penal for considerada de menor potencial ofensivo, caso que ocorre com os crimes previstos na Lei n.º 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), o Ministério Público passa a ter o poder discricionário de dispor da Ação Penal Pública, oferecendo a possibilidade de composição civil dos danos e transação penal aos infratores.

Contudo, as propostas ministeriais neste sentido dependem da concordância do autor da infração ou do acusado, e são submetidas ao crivo do controle jurisdicional.

Temos como punição ao infrator do artigo 46 da presente lei, a pena de detenção, de 06 (seis) meses a 01 (um) ano, e a multa.

Tal crime é considerado como de menor potencial ofensivo, pois trata-se de uma pena de detenção inferior a 02 (dois) anos, conforme especifica o artigo 61 da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, ao afirmar que, “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”.

Portanto, os crimes com detenção inferior a dois anos são de competência dos Juizados Especiais Criminais, que oferecem diversos benefícios ao infrator, tais como transação penal e composição civil dos danos.

Caso estes benefícios não sejam aceitos ou por vedação legal não possa ser concedido, a pena detenção deverá ser cumprida, conforme expõe o *caput* do artigo 33 do Código Penal brasileiro, em regime semi-aberto ou aberto, salvo a necessidade de transferência para o regime fechado.

Constatada a infração penal ambiental, a autoridade policial após a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), poderá encaminhar o acusado imediatamente ao Juizado Especial Criminal ou recolher o Termo de Culpa do acusado e o Compromisso de Comparecimento ao JESP Criminal (artigo 69 da Lei n.º 9.099/95), caso em que o infrator será liberado.

Também chamada de audiência preliminar, tem o intuito de solucionar o conflito existente.

Trata-se de audiência informal, onde o Juiz atuará como mediador, auxiliado pelo Ministério Público, e os conciliadores, que poderão ter atuação prévia, reunidos com autor do fato e vítima, na tentativa de ali solucionar o conflito, pois, como já dissemos alhures, o fim do Juizado é evitar ao máximo a propositura da ação penal. O juiz explicará aos envolvidos as vantagens da conciliação ou da transação (proposta antecipada de aplicação de pena não privativa de liberdade), os termos das mesmas, procurando apaziguar o conflito (LIMA, 2001, p. 48).

Em observância ao Princípio da Oportunidade, segundo o qual o órgão estatal tem a faculdade de promover ou não a ação penal tendo em vista o interesse público, cabe ao representante do Ministério Público, durante a audiência de conciliação, propor ao infrator a composição civil dos danos e a transação penal.

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

No caso dos crimes ambientais, a composição civil do dano deverá ser exigida de acordo com os danos ambientais realmente constatados por laudo técnico subscrito por profissional capacitado. É o que dispõe o artigo 17 da Lei de Crimes Ambientais:

Art. 17. A verificação da reparação a que se refere o § 2.º do art. 78 do Código Penal será feita mediante laudo de reparação do dano ambiental, e as condições a serem impostas pelo juiz deverão relacionar-se com a proteção ao meio ambiente.

A Transação Penal é o instrumento de política criminal de que dispõe o Ministério Público para, entendendo conveniente ou oportuna a solução rápida do litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo, a aplicação sem denúncia e instauração de processo, de pena restritiva de direitos (artigo 76 da Lei n.º 9.099/95). Para fins de

crimes contra o meio ambiente as penas restritivas de direito estão previstas no artigo 8.º da Lei de Crimes Ambientais, quais sejam:

- Art. 8.º** As penas restritivas de direito são:
- I - prestação de serviços à comunidade;
 - II - interdição temporária de direitos;
 - III - suspensão parcial ou total de atividades;
 - IV - prestação pecuniária;
 - V - recolhimento domiciliar.

Para que seja proposta a transação, o Ministério Público também deve observar se o autor da infração não havia sido condenado anteriormente por sentença definitiva pela prática de crime à pena privativa de liberdade, se o autor não tiver sido beneficiado anteriormente, no prazo de 05 (cinco) anos, pela transação e os seus antecedentes, a sua conduta social, sua personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias do crime.

A proposta deve ser formulada pelo Ministério Público e aceita por parte do autor da infração e seu defensor, sendo este acordo submetido à homologação do Juiz, por sentença.

Tratando-se de crimes de menor potencial ofensivo contra o meio ambiente, caso que se enquadra o artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais, para o oferecimento da transação penal será obrigatória a prévia composição civil dos danos ambientais, por tratar de interesse de toda a coletividade. É o que aduz o artigo 27 da lei acima mencionada:

- Art. 27.** Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Portanto, se o acusado aceita a transação penal, o processo criminal não se inicia e não há anotações na sua folha penal, ou seja, a pessoa fica sem antecedentes criminais registrados.

Não sendo aceita a proposta de composição civil dos danos e de transação penal pelo acusado, o representante do Ministério Público oferecerá a denúncia, baseado no Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO).

Em audiência de instrução e julgamento, o Juiz renovará a tentativa de conciliação e transação penal. Não obtendo êxito, o acusado oferece sua defesa.

Nesta oportunidade, será proposta ao acusado a suspensão do processo, pelo prazo de dois anos, quando ele deverá cumprir determinadas condições, tais como prestação de serviços a comunidade, apresentações periódicas, entre outras.

Durante esses dois anos, o acusado estará em observação, ou seja, se cometer outro crime, a suspensão é interrompida e o acusado responde pelos dois crimes, o novo e o que estava suspenso. Se, ao contrário, tudo correr bem, ao fim desse período, e o acusado cumprir todas as condições estabelecidas, o processo acaba e é como se não tivesse existido, não ficando qualquer registro na folha de antecedentes criminais da pessoa.

O presente instituto é aplicado ao artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais, pois preenche o requisito estabelecido pelo artigo 16 da Lei de Crimes Ambientais, que assim relata, “nos crimes previstos nesta Lei, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação à pena privativa de liberdade não superior a três anos.”.

Se o infrator não aceitar a suspensão do processo, a audiência de instrução e julgamento continuará. Em serão ouvidos as testemunhas e o acusado. Ao fim desta audiência, o Juiz dá a Sentença.

Vale lembrar que somente tem direito à transação penal ou à suspensão penal do processo quem não tiver antecedentes criminais, ou seja, for primário.

Inicialmente, insta salientar que serão abordadas somente as penalidades que se aplicam às pessoas físicas. Não se tecerá nenhum comentário em relação à pessoa jurídica.

A pena prevista no artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais é de seis meses a um ano de detenção e multa.

As penas restritivas de liberdade são duas: a pena de reclusão e a pena de detenção. Esta última, deverá ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, salvo a necessidade de transferência para regime fechado (artigo 33, *caput*, 2.^a parte, do Código Penal).

Deve-se observar o disposto no artigo 7.º da Lei de Crimes Ambientais, que se acha descrito nestes termos:

Artigo 7.º As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:

I - tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime.

Parágrafo único. As penas restritivas de direitos a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída. (Grifos nossos).

Portanto, o artigo 7.º, inciso I, 2.ª parte, da Lei dos Crimes Ambientais, admite a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos nos casos em que o infrator pratica uma ou mais condutas descritas no artigo 46 da legislação ambiental supramencionada.

As penas restritivas de direito que se aplicam às pessoas físicas, estão previstas no artigo 8.º da Lei n.º 9.605/98, são elas:

I - prestação de serviços à comunidade: art. 9.º. A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, e, no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível;

II - interdição temporária de direitos: prevista no artigo 10 da Lei dos Crimes Ambientais (LCA). As penas de interdição temporária de direito são a proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos;

III - suspensão parcial ou total de atividades: prevista no artigo 11 da LCA, aplicável quando estas não estiverem obedecendo às prescrições legais;

IV - prestação pecuniária: prevista o artigo 12 da LCA, é o pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social. Será [tal prestação pecuniária]

fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator. A sanção aqui descrita não se confunde com a multa, pois esta é paga diretamente na secretária do Juízo;

V - recolhimento domiciliar: prevista no artigo 13 da LCA. O condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória.

Leva-se em conta o rendimento do condenado durante um mês ou um ano, dividindo-se o montante por trinta ou 365 dias; o resultado equivale ao dia-multa. É o que ensina a doutrina: “a quantidade dos dias-multa não é cominada pela norma penal incriminadora, que só faz referência a multa. Deve ser fixada pelo juiz, varando de, no mínimo, dez dias-multa a, no máximo, trezentos e sessenta dias-multas (art. 49, *caput*).” (JESUS, 2003, p. 541).

O valor do dia-multa dever ser fixado pelo Juiz na Sentença condenatória, observando o requisito previsto no parágrafo 1.º do artigo 49 do Código Penal brasileiro, que afirma: “o valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.”.

O não cumprimento da pena de multa acarretará a sua conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei (artigo 85 da Lei n.º 9.099/95).

No procedimento de responsabilização penal dos infratores ambientais, uma das maiores dificuldades enfrentadas pelos órgãos com poder de polícia consiste na destinação dos produtos e subprodutos dos delitos.

Sobre a matéria, a Lei dos Crimes Ambientais dispõe:

Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

[...]

§ 2.º Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes.

[...]

O dispositivo supracitado refere-se tanto às autoridades policiais e judiciais, como às autoridades com as competências administrativas previstas no artigo 70, parágrafo primeiro, da Lei n.º 9.605/98.

Contudo, tanto no âmbito da responsabilização administrativa como criminal, a adoção da providência arrolada no parágrafo 2.º do artigo 25 da Lei n.º 9.605/98 deve obedecer às garantias fundamentais consagradas no artigo 5.º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. *In verbis*:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

Na prática, com o objetivo de assegurar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, havendo a apreensão de produtos – madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal – frutos dos delitos previstos no artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais a autoridade policial normalmente faz a apreensão do material, armazenando até o fim do processo. Posteriormente, opera-se o leilão destes produtos (por não ter lugar disponível para o armazenamento, essa possibilidade torna-se inviável), ou converte o proprietário/infrator em depositário da carga – aplicando os efeitos da prisão civil.

Porém, com o advento da Emenda Constitucional n.º 45, há grande polêmica acerca da existência ou não da prisão civil do depositário infiel, sobre essa polêmica que se passa a discorrer.

6 PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL FRENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45

O nobre doutrinador Venosa (2003, p. 262), claramente dispõe a respeito do assunto:

A prisão civil pode ser compreendida como um instrumento de coercibilidade, de cunho eminentemente econômico, utilizado na jurisdição civil, previsto em lei, com o objetivo de compelir o devedor ao cumprimento de obrigação, seja em decorrência de contrato de depósito, seja o devedor de alimentos.

A prisão civil não é uma pena ao criminoso, mas um meio indireto de execução, um instrumento de coerção que o Estado utiliza para constranger o devedor. Nesta linha de raciocínio, consta que:

Sua imposição não decorre da violação da legislação punitiva do estado nem tão pouco se reveste de caráter apenatório, porém, implica sujeição da pessoa aos mesmos malefícios da prisão penal, impondo cerceamento ao direito de liberdade e gerando idênticas conseqüências ao sujeito passivo, que sofre o constrangimento corporal (MOLITOR, 2000, p. 13).

Portanto, é bom que se diga que a prisão civil não visa à pena: é uma forma de sanção imposta pelo Estado, como retribuição ao agente do mal causado à vítima da infração penal.

A principal distinção entre a prisão civil e a prisão penal é com relação à sua aplicabilidade. A primeira aplica-se a quem descumpriu obrigação alimentar ou de guarda de bens, enquanto que a segunda destina-se a quem incorreu em conduta criminosa.

A palavra depositário é originária do vocábulo latim *deponere* e designa pessoa a quem se entrega ou a quem se confia alguma coisa, em depósito.

Quanto à origem do depositário, existem três vertentes que podem ser consideradas: o depositário que advém do contrato, previsto no Código Civil (artigos 1.265 e seguintes), o depositário com origem na lei, como no caso do depósito necessário previsto nos artigos 1.282, I e II, da Lei Civil, ou mesmo o do Decreto 911/67, em relação à alienação fiduciária, objeto estranho ao presente trabalho; e, por fim, o depositário oriundo do ato judicial, quando o depositário assume um encargo que lhe é deferido pelo Poder Judiciário, responsabilizando-se, como *longa manus* da Justiça, a guardar o bem até que, por ordem

judicial, seja-lhe solicitado. Por sua vez, essa figura aparecerá ou na ação de depósito, prevista nos arts. 901 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC), ou prevista no processo de execução.

O depositário tem por obrigação legal guardar e conservar o bem penhorado. E, no desempenho natural desta atividade, deverá empregar o maior dos zelos. Ele não possui disponibilidade jurídica da coisa, pois o domínio pertence ao executado. Assim, deve sempre aguardar as determinações do Juízo. Mesmo que ele seja o próprio devedor, a guarda dos bens será feita não mais como proprietário dos bens, mas sim com o encargo de depositário.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5.º, inciso LXVII, dispõe sobre a aplicabilidade da prisão civil ao prelecionar que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”.

Porém, o advento da Emenda Constitucional n.º 45 causou grande polêmica no mundo jurídico ao incluir o parágrafo 3.º ao artigo 5.º da Constituição Federal, que prescreve: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”.

Questão de maior divergência entre os doutrinadores é se os tratados integram o sistema legislativo na condição de norma constitucional ou no plano da legislação infraconstitucional.

Com essa redação, foram abertos novos caminhos com relação à aplicabilidade da prisão civil na figura do depositário infiel, pois o Brasil é signatário de um importante tratado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que torna impossível a aplicação desta medida. Veja-se a redação do parágrafo 7.º do artigo 7.º da Convenção: “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”.

Há grande divergência doutrinária. Posições que agora se passa a explanar.

Uma minoria doutrinária admite que com a EC n.º 45, pôs fim a figura da prisão civil do depositário infiel.

Tais doutrinadores apontam que a prisão do depositário infiel está prevista no texto constitucional, mas a partir da Emenda Constitucional n.º 45, que elevou os tratados internacionais à condição de emenda constitucional, foi derogada do ordenamento jurídico a figura da prisão civil do depositário infiel, devido ao Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 25/09/92.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Marco Aurélio, externou entendimento a respeito da inconstitucionalidade da prisão do devedor fiduciário, quando na condição de depositário infiel, por equiparação desse dispositivo legal. A íntegra do Acórdão é a que se segue:

COMPETÊNCIA – *HABEAS CORPUS* - ATO DE TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em Órgão fracionário. PRISÃO CIVIL - PENHOR RURAL. A regra constitucional é no sentido de não haver prisão civil por dívida. As exceções, compreendidas em preceito estrito e exaustivo, correm à conta do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e da figura do depositário infiel - inciso LXVII do artigo 5.º da Constituição Federal. Supremacia da realidade, da organicidade do Direito e glosa do aspecto formal, no que o legislador ordinário, no campo da ficção jurídica, emprestou a certos devedores inadimplentes a qualificação, de todo imprópria, de depositário infiel. PRISÃO CIVIL - DÍVIDAS - SUBSISTÊNCIA LEGAL. O fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, resultou na derrogação desta no que extrapolava a hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia (BRASIL, 1996). (Grifos nossos)

No mesmo sentido, o Acórdão da lavra do Ministro Oswaldo Trigueiro, seguinte:

O STF deve admitir, por coerência à sua própria orientação, como revogadas, pelo Pacto de San José da Costa Rica, as normas infraconstitucionais de caráter geral sobre prisão civil do depositário infiel, de forma que estão derogadas, em virtude deste fato, as normas gerais inscritas nos arts. 1.287 do Código Civil, 902 e 904 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

Há outra jurisprudência a respeito, como se pode ver no Acórdão a seguir:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO – DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA - IMINENTE AMEAÇA - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE LIBERDADE – APLICAÇÃO DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

COM PREVALÊNCIA SOBRE O ART. 5.º, LXVII, DA CRFB/88 – CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO – WRIT CONSTITUCIONAL DEFERIDO. A teor do que dispõe o Pacto de San José da Costa Rica, à exceção da obrigação alimentar, “ninguém deve ser detido por dívidas (item 7)”. Referida norma, que possui “status” constitucional (art. 5.º, § 2.º), tem prevalência sobre o inciso LXVII do mesmo artigo, por ser mais favorável ao réu à luz do direito das gentes.

Outra parte da doutrina, e por sinal a mais respeitada, adota posição contrária, alegando que ainda existe a prisão civil na figura do depositário infiel, mesmo após a EC n.º 45.

Um dos renomados doutrinadores que articulam dessa posição, em seu livro *Lições de Direito Processual Civil*, expõe o seguinte:

Não se modifica este entendimento com a inserção, no artigo 5.º da Lei Maior, do § 3.º (incluído pela Emenda Constitucional n.º 45), por força do qual os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que tenham sido aprovados no Congresso Nacional pelo voto de três quintos dos integrantes de cada Casa Legislativa, em dois turnos, equivalem às Emendas Constitucionais. Em primeiro lugar, porque tal disposição não pode retroagir para atribuir tal eficácia a tratados anteriormente ratificados sem que se tenha observado aquele procedimento legislativo. Além disso, a inclusão desse dispositivo na Constituição só vem ratificar a idéia de que antes da Emenda Constitucional n.º 45 os tratados internacionais não tinham natureza constitucional, mas infraconstitucional, conforme sempre sustentamos (CÂMARA, 2007, p. 350).

Também há igual posicionamento na seguinte doutrina:

Sucedem que os tratados anteriores sobre direitos humanos já ratificados, por não terem sido submetidos a esse quorum especial de votação, continuam valendo como mera legislação inferior, sem possibilidade de alterar a CF. É o que ocorre, por exemplo, com a prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel, permitida expressamente pelo art. 5.º, LXVII, da CF. O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992), em seu art. 7, n. 7, vedou a prisão civil do depositário infiel, somente permitindo-a na hipótese de dívida alimentar. Se tivesse índole constitucional, teria revogado a redação original da CF, pois estaria ampliando a proteção aos direitos humanos. Ocorre que, como referido tratado não foi submetido a nenhum quorum qualificado em sua aprovação, sua posição é subalterna no ordenamento jurídico, de modo que não pode prevalecer sobre norma constitucional expressa, permanecendo a possibilidade de prisão do depositário infiel. Qualquer tratado internacional sem o preenchimento dos

requisitos exigidos pela EC n. 45/04, não pode sobrepor-se a norma constitucional expressa (CAPEZ, 2007).

Há afirmações, de forma categórica, acerca da inconstitucionalidade das decisões que não admitem a prisão civil após a Emenda Constitucional n.º 45. Uma delas dispõe que

As decisões em que se invocam o Pacto de San Jose da Costa Rica e a Emenda Constitucional n.º 45, no que tange ao depositário infiel, são inconstitucionais [...] A persistir a não decretação do depositário infiel, mais uma vez as cortes brasileiras e o Código Civil nacional, estarão ampliando a “Lei do Calote.” (D’CÂMARA, 2007).

Também: “se o Brasil ratificou estes instrumentos sem qualquer reserva no que tange à matéria, não há de se admitir a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel.” (DIEDRICH, 2007).

7 MÁFIA DO CARVÃO: A AÇÃO CRIMINOSA

Há o que as autoridades policiais e ambientais denominam “máfia do carvão”. A exploração ilegal ocorre da seguinte maneira: o produtor rural faz o pedido de licença ao Instituto Estadual de Florestas (IEF) para a exploração de carvão em determinada área com emissão de notas fiscais através da Secretaria de Estado de Fazenda. Entretanto, o produtor desmata uma área maior que a permitida e usa as notas fiscais existentes para acobertar a exploração de carvão em área de mata nativa.

O desmatamento ilegal de área protegida por lei favorece à sonegação de tributos, pois não é mencionada a origem do carvão. De acordo com o Caoet, desde dezembro de 2004, 1,2 milhão de metros cúbicos de carvão foram transportados sem documentação fiscal, oito mil hectares de floresta foram desmatados, que correspondem a oito mil campos de futebol, R\$120 milhões de ICMS sonegados e R\$16 milhões de taxas florestais deixaram de ser recolhidos (MINAS GERAIS, 2007). (Grifos nossos).

O carvão de mata nativa (ilegal) é acobertado por notas fiscais materialmente falsas e conduzido até o parque siderúrgico das empresas envolvidas por meio de documentação fiscal discriminando carvão oriundo de matas plantadas (legal).

A fraude se desenvolve a partir do momento em que a siderúrgica obtém o licenciamento para compra do carvão vegetal junto ao Instituto Educacional de Florestas (IEF), que

libera a Guia de Controle Ambiental Grande Consumidor (GCA-GC) que é o documento hábil para, junto com a nota fiscal, acobertar o transporte do carvão vegetal até a siderúrgica que vai utilizá-lo como insumo na produção do ferro gusa¹.

As siderúrgicas repassam as GCA's a seus funcionários compradores de carvão vegetal. O documento deveria ser usado com produtores regulares de carvão, mas são repassados a agenciadores (intermediários). Os agenciadores obtêm os processos autorizativos ideologicamente falsos junto aos órgãos administrativos competentes (IEF e SEF/MG), através de procedimentos fraudulentos para emitir notas fiscais falsas ou ideologicamente falsas, objetivando conduzir o carvão vegetal de mata nativa ilegalmente como se fosse carvão vegetal de floresta plantada.

Os processos são ideologicamente falsos porque o produtor requerente procura o IEF para obter a Declaração de Colheita e Comercialização de Floresta Plantada (DCC), dizendo possuir uma determinada área de floresta plantada (normalmente plantio de eucalipto), mas na realidade a área não existe, de modo que o processo é liberado de forma fraudulenta ou desidiosa.

Através da DCC, o agenciador consegue a emissão de notas fiscais de venda de carvão para a empresa siderúrgica. Nas notas fiscais, há o registro do número da GCA específica, direcionando o carvão para determinada siderúrgica de onde se originou a GCA. A fraude acontece quando o agenciador adquire o carvão vegetal ilegalmente produzido de floresta nativa e acoberta o trânsito até o pátio da siderúrgica através de uma nota fiscal ideologicamente falsa.

Outro mecanismo de fraude acontece quando o agenciador efetua a venda do documento ideologicamente falso ao motorista ou ao proprietário de caminhão que já comprou o carvão ilegal, garantindo o transporte e destino do carvão até a siderúrgica que transferiu a GCA ao agenciador.

¹ “A gusa é o produto imediato da fundição do minério de ferro com carvão e calcário num alto forno. Geralmente nos processos industriais, o ferro gusa é considerado como uma liga de ferro e carbono, contendo de 4 a 4,5% de carbono e outros elementos ditos residuais como por exemplo: silício, manganês, fósforo e enxofre, dentre outros. O Brasil se destaca como produtor de ferro gusa a partir do carvão vegetal, sendo o maior produtor mundial. Minas Gerais é o estado com maior número de produtores, destacando as cidades de Sete Lagoas e Divinópolis como principais pólos produtores.” (GUSA. **wikipedia**. 22 mar 2007. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Gusa>>. Acesso em: 26 abr. 2007).

Portanto, todos os mecanismos de fraude acima descritos são delitos tipificados no artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98), estando sujeitos as penas estudadas no item 04 do presente trabalho, local em que são tratados a punibilidade e o procedimento adotado.

O grupo criminoso se subdivide em vários subgrupos, cada um com uma função específica. Esses subgrupos são autônomos, mas ligados a uma coordenação comum (os líderes). A ação dos respectivos grupos é determinada e financiada pelos proprietários e sócios das usinas siderúrgicas beneficiárias do tráfico e do comércio ilícito de carvão vegetal.

Estes são principalmente, os seguintes:

A – Proprietários de Siderúrgicas: é o grupo dos mandantes. São os responsáveis pela orientação e pelo financiamento dos demais subgrupos que são os executores. Seu objetivo é o recebimento do carvão vegetal oriundo de matas nativas e/ou sem o recolhimento da tributação devida.

B – Mandatários: é o grupo composto por funcionários de confiança que fazem o elo de ligação entre os “patrões da gusa” e os executores materiais das ações delituosas. Seu objetivo é o de comprar e dar aparência de legalidade ao carvão obtido.

C – Executores: é o grupo que faz os procedimentos autorizativos junto ao IEF para viabilizar a emissão de notas fiscais ideologicamente falsas, bem quanto à falsificação material e aquisição da documentação fiscal destinada a acobertar o transporte e a entrada de carvão vegetal nas siderúrgicas.

D – Servidores Públicos: é o grupo formado pelos facilitadores de parte das condutas criminosas, que são os servidores públicos contratados por prefeituras e colocados à disposição da Secretaria de Fazenda junto aos SIATS, servidores do IEF e da Polícia Militar. Mediante corrupção, deixam de exercer a atividade de fiscalização que deveriam exercitar e possibilitam a produção de documentos falsos.

Várias são as ações de combate à Máfia do Carvão. Dentre elas, a Operação Diamante Negro, força-tarefa formada pelo O Ministério Público do Estado de Minas Gerais Estadual, a Secretaria de Estado de Fazenda (SEF) e Polícia Militar do Estado de Minas Gerais que atuou entre março de 2005 a dezembro de 2006, verificando o trânsito do carvão ilegal no estado de Minas Gerais, merece destaque.

O grupo criminoso que atuava na região do parque siderúrgico da Grande BH (região metropolitana formada pela capital mineira e diversas cidades do entorno) foi desarticulado na manhã do dia 21 de dezembro do ano de 2006, quando os envolvidos foram denunciados por crimes contra o meio ambiente (dentre eles o crime descrito no artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais – tema central deste trabalho), falsificação de documento público, formação de quadrilha, homicídio, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva e receptação qualificada, as penas variam de seis meses a 34 anos.

De acordo com o promotor de Justiça Rogério Filippetto, a operação surgiu da necessidade, por parte do MPE, de enfrentar o problema do uso de carvão originado de mata nativa para a produção do ferro gusa nas siderúrgicas. 'É necessário avaliar tanto a questão tributária quanto o aspecto ambiental', esclarece (MINAS GERAIS, 2007).

Foram expedidos pela Justiça estadual 39 mandados de busca e apreensão com seqüestro de bens e valores e 26 mandados de prisão. As buscas foram feitas, simultaneamente, em Belo Horizonte, Betim, Sete Lagoas, Nova Lima, Bom Despacho, Curvelo, Diamantina, Capelinha, Minas Novas, Araçuaí, Novo Cruzeiro e Malacacheta, em indústrias de gusa, residências de sócios, intermediários e agenciadores de carvão e de servidores públicos envolvidos na organização criminosa.

Um balanço feito pela força-tarefa constatou que ainda existe a atividade ilícita, porém essa operação contribuiu sensivelmente para a diminuição das irregularidades e para a prevenção do meio ambiente.

Essas ações são referências que devem ser utilizadas por todos os estados brasileiros na busca contínua da preservação do ecossistema e da sobrevivência do homem na Terra.

O prejuízo ao meio ambiente, sem dúvida nenhuma, é inestimável, pois durante o processo investigatório feito em Minas Gerais ficou constatado que desde janeiro de 2005 mais de 1.6 milhão de metros cúbicos de carvão vegetal produzidos ilegalmente de mata nativa foram consumidos no parque siderúrgico mineiro.

Pelo menos 11,5% desse carvão ilegal produzido de mata nativa e consumido pelo parque industrial siderúrgico é de responsabilidade da organização criminosa combatida pela Operação Diamante Negro.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É nítido o descaso do legislador quando relaciona a punibilidade dos crimes contra o meio ambiente, principalmente com relação ao crime previsto no artigo 46 da Lei de Crimes Ambientais.

Como se pode aceitar que uma pessoa que destrói o patrimônio da humanidade em virtude de seu enriquecimento privativo, possa ter sua pena substituída por uma pena restritiva de direito?

A pena hoje aplicada aos autores de crimes contra o meio ambiente, além de ser uma pena ínfima, perante do desastre ecológico que seus infratores provocam, tem evidente inaplicabilidade. A falta de fiscalização e a ausência de setores capacitados contribuem para essa ineficácia e auxiliam os mafiosos na sua continuidade delituosa.

A imposição de severas penas auxilia na proteção do meio ambiente contra a sanha depredadora daqueles que destroem o patrimônio ecológico, mas a educação e a conscientização da sociedade, no intuito de repudiar tais atos, denunciar os infratores e contribuir de forma efetiva para a preservação e recuperação do meio ambiente, são os pontos essenciais para a sobrevivência da espécie humana na Terra.

A imprensa, tanto falada como escrita, tem assumido um papel essencial na preservação dos recursos naturais e na corrida contra a degradação do meio ambiente causada pela ação do homem.

Toda essa rede de comunicação tem sido um importante instrumento na formação da consciência ambiental brasileira e contribui de forma expressiva na educação ambiental de toda a sociedade, pois ela se baseia, principalmente, na verdade dos fatos, possibilitando uma reflexão sobre os problemas ambientais existentes. Neste ponto, tem-se que “A tomada de posição, a análise crítica, a busca das causas, a previsão das conseqüências a médio e longo prazos não só para a população local, mas, principalmente para a coletividade só ocorrerão a partir de um efetivo processo de educação ambiental.” (PHILIPPI JÚNIOR, 2002, p. 348).

Dentre os diversos problemas ambientais que afetam o planeta, os fenômenos conhecidos como inversão térmica (bastante freqüente em cidades como São Paulo), o aquecimento

global (que está descongelando as calotas polares), o desmatamento (com grande evidência na Floresta Amazônica), as queimadas e a contaminação dos rios, mares e oceanos são os mais visíveis e trazem sérios riscos de complicação da saúde da população.

A sustentabilidade e a preservação do ecossistema são os principais meios para a harmonia entre os seres humanos, suas relações econômicas e a natureza. Com novas idéias e novos recursos, pode-se conciliar as necessidades do mundo globalizado com os limites de capacidade do planeta.

Com o intuito de disseminar os conhecimentos sobre o ambiente, faz se necessário uma educação ambiental cada vez mais ativa, pois somente assim será possível amenizar os efeitos negativos existentes sobre a natureza e ajudar na sua preservação e utilização sustentável dos seus recursos. Por sinal, “Educar no caminho da cidadania responsável exige também novas estratégias de fortalecimento da consciência crítica, a fim de habilitar os grupos de pressão, para uma ação social comprometida com a reforma do sistema social.” (PHILIPPI JÚNIOR, 2002, p. 349).

Se não forem aplicados, pelas atuais gerações, meio eficazes de preservação dos recursos naturais, as futuras gerações nem chegarão a existir.

Portanto, cabe a cada cidadão, em seu meio social, fomentar a preservação e recuperação do meio ambiente.

Afinal, o planeta pede socorro.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 8. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1999. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá

outras providências. **Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1998 e retificada em 17 fev. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 72.131/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgamento em 22.11.95. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 1.º ago. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 73.924-SP. Segunda Turma. Julgamento em 6 de agosto de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 20 set. 1996, p. 34.537.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 74.383/MG. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 22 de outubro de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 27 jun. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 76.154/PR. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. Primeira Turma. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 mar. 1973.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas Corpus* n.º 97.241/2006. Comarca de Ribeirão Cascalheira, MT. Relatora: Desembargadora Shelma Lombardi de Kato. Julgamento em 23-1-2007. **Diário Oficial [de] Mato Grosso**, n.º 7.546, Cuiabá-MT, 26 jan. 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 3. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

CAPEZ, Fernando. Prisão civil: o Pacto de São José da Costa Rica e a emenda constitucional n.º 45/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 910, 30 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7708>>. Acesso em: 10 maio 2007.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Crimes e infrações administrativas**: comentários à Lei n.º 9.605/98. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

D'ÂMARA, Olavo. A prisão do depositário infiel, o Pacto de San José da Costa Rica e a Carta. *Ultimainstancia*. São Paulo, 02 de maio 2006. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=27393>. Acesso em: 14 maio 2007.

DIEDRICH, Luiz Fernando. Inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel. **Jus Navigandi**, Teresina, ago. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=603>>. Acesso em: 26 abr. 2007.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. v. 1. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

LANFREDI, Geraldo Ferreira et al. **Direito penal, na área ambiental**: os aspectos inovadores do estudo dos crimes ambientais e a importância da ação preventiva em face desses delitos: doutrina, legislação, jurisprudência, documentários. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. **Novas leis criminais especiais**: comentadas por artigos: lei dos juizados especiais criminais e crimes de trânsito no código de trânsito brasileiro. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Assessoria de Comunicação Social do Ministério Público Estadual (ASSCOM). Combate à exploração ilícita de carvão vegetal é intensificada através de operação conjunta. Belo Horizonte, 18 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/extranet/internet.action#o9gDPnwAHrvzTbhBHRxzfMBKXwzY5ICLnwDWvMCHjkhJ9MB0vwDK92qH9gl1mto3Wsn4KYo>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

MOLITOR, Joaquim. **Prisão civil do depositário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERI, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 7 de julho de 2003. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo et al. **Meio ambiente, direito e cidadania**. São Paulo: Signus, 2002.

SILVA, José Geraldo; GENOFRE, Fabiano; LAVORENTI, Wilson. **Leis penais especiais anotadas**. Campinas: Millennium, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2005.

Submissão em: maio de 2010
Pareceres favoráveis em: setembro de 2010

Apontamentos Sobre a Liberdade de Expressão na Constituição Federal e na Sociedade Brasileira

RAFAEL JOSÉ NADIM DE LAZARI*

Resumo: A análise em questão aborda tema polêmico do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, por causa de um suposto distanciamento entre a realidade social brasileira e a Constituição Federal, no que diz respeito à liberdade de expressão (e suas consequências no direito à informação, na livre manifestação do pensamento e, sobretudo, na comunicação social). Isto porque, é necessário entender o que é liberdade de expressão, em um mundo em que a possibilidade de capturar essa manifestação adquire importância tal, que exige o estudo de meios de filtragem desta liberdade.

Palavras-chave: liberdade de expressão; direito à informação; manifestação do pensamento; captação da informação.

NOTES ABOUT THE FREEDOM OF SPEECH IN THE FEDERAL CONSTITUTION AND IN BRAZILLIAN SOCIETY

Abstract: The analysis in question discusses controversial theme of contemporary brazilian constitutionalism, because of a supposed “distance” between the brazilian social reality and the Federal Constitution, with regard of freedom of speech (and its consequences in the right of information, in the free manifestation of thought and, especially, in the social communication). This is because, is necessary understand what is freedom of speech, in a world where the possibility of capture this manifestation acquires importancy such, wich requires the study the means for filtering this liberty.

Keywords: freedom of speech; right of information; manifestation of thought; capture of the information.

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), São Paulo, Brasil. Professor Universitário. Pesquisador do Grupo de Iniciação Científica Novos Rumos do Processo de Conhecimento. Advogado.

1 LINHAS PROLEGOMINAIS

É notório que a República Federativa do Brasil ainda engatinha quando se fala em máxima amplitude dos direitos e garantias fundamentais¹. Com efeito, a transição de Estado de Direito para Estado Democrático de Direito ainda que, gramaticalmente, não signifique muita coisa para um leigo além de vaga expressão, ganha fidalgos contornos e significados se considerado o valor que deve ser agregado à democracia pátria².

Isso porque, após quase um quarto de século de velada experiência ditatorial, além de outros tantos anos em décadas anteriores, em que Estado e sociedade não se coadunavam, o país se viu, enfim, perante uma Carta que, ressalvados interesses políticos minoritários, expressava sua identidade miscigenada.

Sem circunlóquios ou devaneios – até para que não se fuja do tema proposto neste texto –, um dos interesses implícitos do constituinte foi colocar o brasileiro (e sua identidade

¹ A expressão *engatinha* não deve ser encarada com conteúdo negativista, mas sob enfoque da jovem democracia plena brasileira, iniciada pós-1988.

² “O Estado constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado ‘impolítico’ do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual ‘todo poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.” (CANOTILHO, 2002, p. 100).

miscigenada) em contato com o mundo, não apenas sob forma de coexistência física, mas em um tentame de aproximar culturas que a distância até então insistia em manter separadas. Traduzindo conceitos, visou a Constituição Federal à harmonia entre regionalismos e o proclamado globalismo do pós-guerra, trazendo o mundo para uma vila/aldeia/região e vice-versa.

Assim, como um a via dúplice se, por um lado, restabeleceu-se a liberdade de imprensa, fomentou-se a comunicação via satélite, a fibra óptica, o sinal digital e a adesão irrestrita à *internet*, de outro, objetivou-se dar conteúdo e sentido a esta comunicação, permitindo às pessoas pensarem, criarem, opinarem, etc. Em outras palavras, há que se considerar clarividente a afirmação da liberdade de comunicação e de informação como instrumentos da democracia, tanto quanto imperiosa a liberdade de expressão com o corolário lógico da liberdade de pensamento e como conteúdo da informação transmitida³.

Posto isto, o nobre leitor certamente já deve ter notado, e por isso convém obtemperar, que alhures foi utilizado o termo interesse implícito em plugar o brasileiro ao mundo. Afinal, se este foi o interesse implícito, qual foi a medida explícita em prol de tal fito?

Indubitavelmente, isto se deu pela intensa regulação dos direitos pertinentes às manifestações de vontades, nos seus diversos meios, como a liberdade de expressão, o direito à livre manifestação do pensamento, a vedação ao anonimato, o direito à comunicação, a proteção ao sigilo da fonte, a liberdade de criação e informação, etc.

No entanto, ultrapassado um primeiro momento de euforia com a reabertura política, viu-se que mesmo estes direitos precisariam de regulação contra exageros e, para tanto, a própria Carta de 1988 previu mecanismos limitadores, como o direito de resposta e os parágrafos terceiro, quarto e quinto, do art. 220, da Constituição Federal, a título ilustrativo. Aliás, tais mecanismos são a demonstração clara e precisa do abandono da ideia de hierarquia entre normas constitucionais, em benefício do princípio interpretativo da unidade (CANOTILHO, 2002, p. 1.209-1.210), de modo que, por critério de afinamento do tema, restringir-se-á à proficuidade do art. 220 da Lei Maior pátria, em seu parágrafo terceiro, inciso II.

³ A liberdade de pensamento sempre foi inerente ao ser humano, mas não sua livre manifestação, que somente foi viabilizada com a liberdade de expressão, também prevista constitucionalmente. Esta, por sua vez, precisa do direito à informação e do direito à comunicação para se estender por todo o país. Logo, a liberdade de expressão é a ponte que interliga a liberdade de pensamento ao direito à informação e à comunicação.

Isto porque, numa variação mais bem adaptada de que “a diferença entre o remédio e o veneno é a dosagem”, faz-se mister reconhecer a importância da imprensa tanto como formadora como deformadora de opinião, neste último caso sob falso pretexto de sua liberdade absoluta de se expressar. Nenhum a liberdade deve ser absoluta, entretanto. Com isso, agindo em sentido profilático aos excessos na transmissão da mensagem, objetivou este trabalho tratar de mecanismos de filtragem entre aquilo que é bom e aquilo que merece ser descartado, para, ao fim, emitir um juízo valorativo sobre o tema.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS EQUIVALENTES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para efeitos práticos de facilitação da leitura, convém transcrever – até para que o leitor já vá refletindo – os principais dispositivos constitucionais que serão abordados neste texto, correlatos à liberdade de expressão. São eles:

Art. 5.º [...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...] IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3.º Compete à lei federal: [...]

II – estabelecer os meios legais que garantem à pessoa e à família a possibilidade de se defender em de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4.º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5.º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

- I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III – a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Analisando os dispositivos supramencionados, fica evidente o intento de liberdade vigiada do legislador, não sob a forma de uma pseudodemocracia, mas pela disposição hermenêutica dos artigos e incisos. Neste prumo, observa-se que, conforme já mencionado no tópico anterior, apesar de não mais se cogitar uma hierarquia entre normas constitucionais, adotou o constituinte, no art. 5.º, uma ordem de preferência no processo de *construção, manifestação, exteriorização e consequência* do ato de se expressar.

Em primeiro lugar, garante-se a manifestação do pensamento (inciso IV) como ato embrionário dos consectários à sua exteriorização. Em seguida, assegura-se o direito de resposta (primeiro dispositivo controlador), proporcional à gravidade do pensamento imperfeito exteriorizado (inciso V), formando o primeiro bloco sobre o livre direito à manifestação intelectual. Frisa-se, nesta linha de raciocínio, a primeira tratativa do legislador em estabelecer uma consequência à manifestação indevida e/ou equivocada, qual seja, a previsão, como garantia constitucional, de danos material, moral e à imagem. Trata-se de forte influência civilista na Constituição Federal, que objetiva municiá-la como, mais que uma mera carta de intenções, uma impulsionadora de direitos primários.

Enfim, com isso finda o primeiro bloco pertinente à manifestação do pensamento, sendo tal direito causa, cuja consequência de sua exteriorização indevida é a proteção contra o evento danoso.

Já no segundo bloco de dispositivos garante-se a liberdade de expressão (inciso IX), aqui incluídas atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Tal dispositivo é a consagração do direito à manifestação do pensamento, ao estabelecer meios que lhe deem efetividade, afinal, o rol exemplificativo de meios de expressão previstos no mencionado inciso trata das *atividades intelectuais*, melhor compreendidas como o direito à elaboração de raciocínios independentes de modelos preexistentes, impostos ou negativamente dogmatizados; das *atividades artísticas*, que representam o incentivo à cena cultural, sem que músicas, livros, obras de arte e espetáculos teatrais, p. ex., sejam objeto de censura prévia (como houve no passado recente do país); das *atividades científicas*, aqui entendidas como o direito à pesquisa e

ao desenvolvimento tecnológico; e da comunicação, termo abrangente, se considerada a imprensa, a televisão, o rádio, a telefonia, a *internet*, a transferência de dados, etc. Pode-se afirmar, inclusive, que o direito à comunicação é o marco maior de fomento à liberdade de expressão, ao permitir que essa manifestação alcance todos os nichos, através da transmissão de ondas e dados e, por isso, dentro da liberdade de expressão, este artigo quer dispensar maior atenção à comunicação.

Ato contínuo, o inciso subsequente, por sua vez, assegura a honra, a vida privada, a imagem e a intimidade das pessoas. Chama a atenção, mais uma vez, a previsão constitucional de danos material e moral em caso de desrespeito ao dispositivo constitucional (sem prejuízo do já propalado direito de resposta). Verifica-se, pois, que tal qual a manifestação do pensamento pode ensejar direito de resposta, sem prejuízo indenizatório, também a liberdade de expressão deve respeitar o aspecto subjetivo do ser humano, sob pena de autorizar tutela reparatória. Enfim, fica constituído o segundo bloco constitucional de dispositivos correlatos.

Pulando momentaneamente o art. 5.º, XIV, da Constituição Federal, traz o art. 221 da Lei Maior outras diretrizes acerca da regulação da liberdade de expressão e do direito à manifestação do pensamento para rádio e televisão. Desnecessário dizer que o *caput* do dispositivo em lume merece interpretação ampliativa, se analisados seus quatro incisos, haja vista não ser a “preferência por finalidades educativas, culturais e artísticas” (inciso I), o “estímulo à produção regional e independente” (incisos II e III), e o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (inciso IV) obrigação apenas destas duas espécies de mídia. Admissível o argumento que à época da Carta Constitucional, a *internet* ainda era abstração, mas indesculpável a não inclusão da imprensa neste *caput*. Sendo assim, onde se lê *rádio e televisão*, que se entendam incluídas a imprensa, a *internet*, bem como quaisquer outros meios de propagação de arte, conhecimento e informação.

Acerca do art. 221, ainda, convém observar que, enquanto seu predecessor, o art. 220, é dotado de regras, como a vaga menção ao advento de um Código de Defesa do Consumidor (parágrafo quarto), que somente viria em 1990, a exigência da previsão de faixas etárias para manifestações de expressão (parágrafo terceiro, inciso I), e a preocupação com a saúde e o meio ambiente (parágrafo terceiro, inciso II)⁴; este é principiológico, ao tratar

⁴ Para Bitelli (2004, p. 190), este art. 220 “[...] inserido no capítulo da comunicação social é uma explicitação de um direito de difundir, *sob algumas reservas*, o exercício das prerrogativas fundamentais previstas no art. 5.º, IX, da mesma Constituição, que assegura individual e coletivamente a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem qualquer censura ou licença”. (grifos nossos).

da programação das emissoras de rádio, televisão, imprensa, *internet* e outros meios de propagação⁵.

Com isso, ficam explicados os dispositivos constitucionais correlatos à liberdade de expressão, bem como elabora do um esquema de pares entre eles (art. 5.º, IV com art. 5.º, V; art. 5.º, IX com art. 5.º, X; e art. 220 com art. 221, todos da Constituição Federal), à exceção de um, o art. 5.º, XIV, que trata do acesso à informação.

Sobre este último, a ausência de subseqüente inciso controlador leva a supor a inexistência de limites à liberdade de informação ou, mais do que isso, sua total autonomia em relação à liberdade de expressão. Nesta linha de raciocínio, convém o entendimento de Carvalho (1999, p. 21, grifos nossos):

Evidente que essa separação entre informação e expressão não tem fronteiras tão nítidas; mas elas devem existir, ainda que não tão nítidas. *E a importância de tal separação é indispensável para a correta formação da opinião pública, que tem direito de saber se a informação que está recebendo é mesmo uma informação, um fato, um acontecimento, ou se é uma opinião ou a manifestação da expressão criativa do homem.* Por isso é preciso bem distinguir informação e expressão, demarcando a primeira com boa dose de neutralidade e imparcialidade.

Em mesma sintonia, as palavras de Zisman (2003, p. 34, grifos nossos):

A liberdade de expressão não coincide com a liberdade de informação. Antes, a liberdade de expressão existe mesmo que não haja o intuito de informar, mas simplesmente com a finalidade de expor determinado ponto de vista, ainda que seja político ou religioso, para que passe a fazer parte da órbita social. É possível que a liberdade de expressão se manifeste por veículo de comunicação social, mas nem por isso se confunde com o direito de liberdade de comunicação social ou de informação.

Há, contudo, que se discordar em parte dos posicionamentos mencionados alhures. Em primeiro lugar, não deve prevalecer a ideia de um a informação absoluta, haja vista a já mencionada forte influência civilista na Constituição Federal que prevê, entre outras coisas, o dano material, moral e o direito de resposta, em caso desta informação resultar falha,

⁵ Conforme os critérios de Canotilho (2002, p. 1.146-1.147) na distinção entre regras e princípios: “Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos: a) Grau de abstracção [...]. b) Grau de determinabilidade [...]. c) Caráter de fundamentabilidade [...]. d) Proximidade da ideia de direito [...]. e) Natureza normogenética [...]”.

improffícu ou tendenciosa. Em segundo lugar, é fato o dever de imparcialidade da informação, em oposição à ausência deste compromisso na expressão. O problema – e isso será mais discutido no tópico seguinte – é que, pós-democratização, mostra-se impossível a transmissão quase robótica da informação, sem qualquer juízo de valor (como pretendem os autores supratranscritos), e isso não deve ser de todo repudiado, pois é inerente à liberdade de pensar e de manifestar esse pensamento. Assim, quando se fala numa autonomia entre a informação e a expressão, parece fazer alusão a um sistema hermeticamente perfeito, em que tais valores são claramente perceptíveis e diferenciados. Entende-se, contudo, como amplo o conceito de liberdade de expressão, o que o faz estar presente tanto em um espetáculo teatral, circense, num comentário de notícia, como na maneira em que é transmitida a informação. Seria algo como agregar valor à informação, para permitir ao receptor da mensagem também agregação de valor, de modo que, fazendo adequada utilização desta técnica, não há por que separar totalmente expressão da informação.

Em mesma sintonia, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela não exigência de diploma e curso superior para o exercício de atividades ligadas ao jornalismo, colocou como pano de fundo a informação e a expressão em posições complementares, algo semelhante ao entendimento adotado logo acima.

EMENTA: JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. *LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5.º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1.º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4.º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N.º 972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, “A”, DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE. [...] 5. JORNALISMO E LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. INTEPRETAÇÃO DO ART. 5.º, INCISO XIII, EM CONJUNTO COM OS PRECEITOS DO ART. 5.º, INCISOS IV, IX, XIV, E DO ART. 220 DA CONSTITUIÇÃO. O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5.º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5.º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de*

expressão, de informação e de comunicação em geral. [...] RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS. (RE 511961, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL- 02382-04 PP-00692) (grifos nossos).

Com isso, conclui-se a análise da liberdade de expressão e seus equivalentes na Constituição Federal (CF/ 88), o que torna possível passar a discorrer, nos tópicos seguintes, sobre algumas imperfeições e também readequações que esse fenômeno de manifestação têm gerado na sociedade brasileira.

3 O PAPEL DO ART. 220, § 3.º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: MECANISMO PROTETOR OU SIMPLEMENTE INEFICAZ?

Singular, de início, é a expressão utilizada pelo constituinte no dispositivo em análise: compete à lei federal, art. 220, parágrafo 3.º, da Constituição Federal de 1988, estabelecer meios “[...] que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações [...], bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”.

Diante de tal redação, ainda que se alegue que a Constituição Federal tenha sido elaborada por gente dos mais diferentes matizes políticas, ou que importa ao intérprete do Direito sistematizar sua compreensão das palavras do constituinte, é fato que se considerou aqui a possibilidade dos órgãos de comunicação funcionarem com o desserviço à população na transmissão daquilo que, em tese, denomina-se atividade relacionada à liberdade de expressão. Por essa razão, fez-se necessário, literalmente, fornecer meio de defesa ao receptor da mensagem e, mais do que isso, denotar a necessidade de existência de um direito à filtragem da captação da informação.

No mundo contemporâneo, parece ter havido parcial desvirtuamento acerca do que vem a ser liberdade de expressão propriamente dita, graças à inclusão de elemento pernicioso à expressão, qual seja, a *verdade forjada*⁶. Melhor explicando, é preciso entender que a comunicação (um dos elementos da liberdade de expressão previsto no art. 5.º, IX, da Constituição Federal) é negócio e, como tal, precisa ser rentável. E para ser rentável,

⁶ Pior que a inverdade é a verdade forjada. Na primeira, as premissas são verdadeiras, mas a conclusão é falsa, logo, basta desconstituir a conclusão. Na segunda, as premissas são falsas, o que faz a conclusão parecer verídica.

precisa ser consumida. Então, não é erra do dizer que a comunicação precisa ser consumida. Até então, sem problemas. Afinal, isso nada mais são que regras mercadológicas. O problema é que, no intento de angariar mais captadores da mensagem, busca-se padronizá-los, para facilitar a oferta de conteúdo. Assim, constrói-se um processo inverso, uma verdade forjada, em que o receptor se amolda ao meio, e não o oposto. Tudo disfarçado de liberdade de expressão, aqui um pseudoargumento utilizado pelo meio de comunicação para se firmar como imperioso formador de vontades, numa versão contemporânea do *grande irmão*⁷.

Em termos práticos, o que se observa é a vinculação do ator ao produto “X”, ou do periódico à esquerda ou direita política, ou da emissora a esta ou aquela religião. É aqui que nasce a necessidade de crítica ao sistema vigorante, pois é preciso separar da liberdade de expressão interesses de massificação do pensamento da sociedade.

A título ilustrativo, não é recente a adoção dos meios de comunicação como instrumento de fazer política (como instrumento de propagação do ideário político), e a política, num pluralismo democrático como o Brasil, está contida no universo íntimo do indivíduo e no seu direito de defender suas aspirações por esta ou aquela legenda, este ou aquele candidato. Não só aquela política bienal obtempere-se quando o país escolhe seus governantes, mas também a cotidiana, que cobra o asfaltamento da sua rua, empregos, serviços do governo, que fiscaliza os eleitos, etc.

Ademais, se de um lado a comunicação permite a publicidade e a transparência dos atos praticados pelos administradores, do outro vira alvo de estratégia, quando partidos políticos optam por alianças (as famosas coligações) em troca de mais espaço e tempo de campanha na televisão, no rádio e na *internet*. Tudo em prol de maior amplitude na expressão de seus ideários. É outro exemplo de como a expressão precisa da comunicação.

Como se não bastasse, às vezes, a defesa da democracia, da imparcialidade e do pluralismo, faz com que meios de comunicação tentem, ao máximo, tratar candidatos concorrentes com total isonomia. Se para efeitos legais agem conforme os ditames da lei, subliminarmente não é o que se observa se analisado o meio como é dada a notícia. É preciso aceitar que os meios de comunicação, por intermédio de seus proprietários,

⁷ Expressão retirada do livro de George Orwell, *1984* (1979).

funcionários, colaboradores e patrocinadores, também têm opinião política, tais quais seus idealizados⁸.

Assim, pode-se falar numa reportagem, p. ex., que após tratar dos dois candidatos ao pleito eleitoral – com o mesmo tempo de televisionamento, inclusive –, passa reportagem subsequente em que são mostradas as taxas de desemprego aviltantes no governo daquele que apoia um dos candidatos. Na prática, ainda que se alegue que isso não guarde relação com a notícia anterior, impossível não dizer que em nada influencia, inconscientemente, o consumidor da notícia e, ao mesmo tempo, potencial eleitor de um dos candidatos.

De pronto, o leitor certamente pode argumentar que isso nada mais é que direito à informação. Mas, será que em momento algum se quis expressar conteúdo político na notícia subsequente supramencionada? Ainda mais longe, será que esta mensagem viciada não pode induzir o receptor da informação, o que se traduziria em liberdade de informação imperfeita? Inadmissível dizer, neste diapasão, que não haja correlação entre o direito de informar e ser informado com a liberdade de se expressar.

A proposta a ser feita, portanto, a fim de evitar mensagens subliminares, é a possibilidade de que um meio midiático possa, explicitamente, formalizar apoio a alguma plataforma política, num modelo semelhante ao que ocorre nos Estados Unidos da América, onde o liame que separa democratas e republicanos é bem definido. Isso não significa dizer, todavia, que poderá o meio de comunicação, a partir do momento que declarou apoio ao candidato, desmoralizar o oponente. Significa dizer que a matéria será veiculada normalmente, mas que os leitores/espectadores devem ter o direito de saber a quem aquele meio de comunicação se coaduna. Não se trata, pois, de cercear a liberdade de expressão do meio de comunicação, mas de fomentá-la e privá-la de interesses ocultos. Isto certamente ajudará o futuro eleitor a filtrar aquilo que pode ser tendencioso e o que é, de fato, verdade. Trata-se de exemplo prático do direito à filtragem na captação de informações, sem que se desrespeite a liberdade de expressão.

O problema maior reside, todavia, no modelo previsto no Texto Constitucional, em que se recebe a concessão, permissão e autorização de transmissão de rádio/televisionamento

⁸ Por isso o entendimento adotado no item anterior de que liberdade de expressão e informação não são necessariamente desconexas. Mesmo o ato de transmitir uma notícia imparcial pode ser impregnado de manifestação do pensamento por parte de seu interlocutor. Não seria, então, ao invés de se tentar separar estes dois direitos fundamentais, o caso de pensar sua aplicação conjunta?

(art. 223, Constituição Federal). Na prática, o que se vê é o aliado político ficar com o direito à transmissão numa determinada região, desde que utilize o bem concedido em favor daquele que o concedeu. Daí, o meio de comunicação ganha *status* de instrumento de promoção política, vinte e quatro horas por dia, deste ou daquele candidato, de maneira não velada, influenciando futuros eleitores.

Sendo assim, para não cair no lugar comum e simplista de defender a mudança deste sistema, até porque interesses políticos maiores impediriam qualquer trâmite de projeto de lei neste sentido, convém, mais uma vez, adotar a proposta formulada alhures de permitir ao receptor da mensagem – e exigir do emissor da informação – o direito de saber a quem se presta o meio de comunicação, para que ele tire suas próprias conclusões. Isso vai além da criação de conselhos regulatórios e órgãos de controle. Não retirando a finalidade destes, cuja existência é de suma importância, mas a realidade é mais complexa que simples punições administrativas/multas ao meio de comunicação que fraudas preceitos constitucionais. Com efeito, a Constituição fala em meio de defesa à pessoa ou família, isto é, um instrumento para que o indivíduo se defenda por suas próprias forças, e um meio adequado certamente é o direito do indivíduo de conhecer as aspirações políticas daquele que transmite a informação. Desta forma, ser-lhe-á facultado o direito de trocar de canal, de fechar o jornal, de desligar o televisor, de ir para outro *site*, de ler um livro, ou simplesmente, de assimilar a informação. Quanto ao órgão emissor da mensagem, não verá seu direito de informar em nada alterado, potencializando, contudo, sua liberdade de expressão, ao livrá-la do objetivo temerário de construir falsas verdades (verdades forjadas) no informado.

Outro fator que merece ser sobrelevado é o poder da imprensa no papel de formadora de opinião quanto à aquisição de um produto ou serviço. Neste sentido, apesar da força e da importância do Código de Defesa do Consumidor, da regulamentação dos direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos – o que atribui sentido à parte final do dispositivo constitucional em análise –, da constante intervenção do Estado na venda de bebidas alcoólicas, e das inúmeras restrições impostas à publicidade do tabaco. O que se quer tratar aqui é daquele poder de persuadir o captador da mensagem, potencial consumidor, de que sua televisão, comprada há dois anos, não é boa o suficiente para assistir à transmissão dos jogos de futebol, ou de que a velocidade da *internet*, vendida há seis meses como último conceito em rapidez, é agora motivo de piada em rodas de amigos, ou que o aparelho de telefonia móvel, outrora servível para ligar e enviar fotos e mensagens, é agora obsoleto se considerada sua impossibilidade de armazenar músicas e enviar *e-mails*.

Neste sentido, conforme outrora frisado, todo negócio precisa ser rentável, e a mídia há tempos descobriu que pode conseguir contratos vultosos com fabricantes e anunciantes, por ter em suas mãos o poder, aqui manifestado sob a forma de *influência*. Trocando em miúdos, significa dizer que a cena da novela que mostra a família tomando um café da manhã com a manteiga X à mesa, e não com a manteiga Y, é mais que uma mera cena, e passa a ser influência para que incontáveis famílias associem seu desjejum àquele produto. Ou então, é o mesmo que acontece quando a revista de celebridades publica a foto da modelo – magra, diga-se de passagem –, usando o vestido da grife A, e a sandália da grife B. Isso cria no inconsciente coletivo, além de um padrão uniforme de beleza, magro – que não é o padrão brasileiro –, a impressão de que tudo que se tem no guarda-roupa merece ser descartado.

Isso sem falar na onda televisiva de *reality shows*, cujos participantes são estereótipos das mais variadas classes da sociedade. Trata-se de técnica em que, reconhecendo a complexidade e a variabilidade da espécie humana, e a impossibilidade de agradarem a *gregos e troianos*, fazem os meios de comunicação com que a sociedade se adapte a um padrão por eles estabelecido. Na prática, informação demais representa informação de menos, na medida em que se mantêm as pessoas informadas de tudo um pouco, mas em quantidade insuficiente a formular proposições concretas que permitam ao indivíduo concluir “sim, isso é verdade”, ou “não, isso não é verdade”⁹. Assiste-se, pois, a uma ditadura da informação, na qual, sob o falso pretexto de que a liberdade de expressão deve ser irrestrita, “empurra-se goela abaixo” aquilo que o mercado quer vender.

A proposta a fazer contra isso é mais uma vez criativa, porém não complexa: sabe-se que não se pode generalizar os meios de comunicação como instrumentos do capitalismo selvagem, haja vista a existência de canais educativos, de revistas informativas, de periódicos que, pura e simplesmente, transmitem a notícia, e de *sites* interessa dos apenas em compartilhar culturas. São meios que, apesar de minoritários, existem, e são de singular utilidade.

⁹ Interessante frisar que só a polidez da liberdade de expressão não se mostra inteiramente capaz de solucionar as mazelas intelectivas da sociedade. Faz-se necessário mais do que isso, obviamente. A defesa da liberdade de expressão é só a busca de mais um meio, com os quais se poderá desenvolver o espírito crítico da democracia. Neste sentido, oportunas as palavras de Machado (2002, p. 61, grifos nossos): “A liberdade de expressão, devidamente reforçada por outras prioridades constitucionais, como a generalização da instrução pública e do direito de sufrágio, é vista como uma das peças principais de um governo republicano. Não admira, pois, que a liberdade de expressão tenha um lugar de destaque na feitura das primeiras constituições.”.

Outrossim, sabe-se que o baixo padrão aquisitivo de camadas societárias brasileiras funciona como impeditivo a que se tenha acesso à assinatura de jornais, de *internet* e de canais de TV fechados (TV a cabo). Em suma, tais pessoas ficam renegadas a uma gama de opções que se restringe a quatro ou cinco emissoras/transmissoras de televisão e rádio. Desta maneira, partindo da premissa de que o conhecimento liberta, o aceno é pela quebra da elitização da TV a cabo e suas vultosas taxas de assinatura, mediante o estímulo da concorrência, a exemplo do que se fez com os serviços de telefonia, permitindo às pessoas conhecerem o mundo que se apresenta à sua tela; pelo fornecimento público e geral de *internet* por municípios, como já há, inclusive, algumas cidades com sinal aberto para todos os habitantes; pela ampliação dos chamados Centros de Inclusão Digital; pela transmissão, via rádio, de programas de conhecimentos básicos e gerais; pela possibilidade de acesso, em lugares públicos, a jornais e *sites* fechados a assinantes, por pessoas de baixa renda, etc.

Isso é mais que liberdade de expressão dos órgãos transmissores da mensagem, é obrigatoriedade de expressão, que se traduz em direito à informação do receptor. Cuida-se de mais uma prova de que direito a informação e expressão não pode nem deve ser desmembrado¹⁰.

3.1 Massificação Versus Individualização

Conforme aduzido nos dois tópicos anteriores, a comunicação, elemento contido no inciso IX, do art. 5.º, da Constituição Federal, é nesta obra entendida como a maior representativa da liberdade de expressão, e por isso sobre ela se desenvolvem as argumentações do artigo em epígrafe. Neste contexto, trata o art. 220 do Texto Maior, da “Comunicação Social”, dentro da qual está a liberdade de expressão. Em epítome, este artigo discorre sobre comunicação dentro da comunicação social.

¹⁰ Sobre a questão de acesso ao conteúdo, convém lembrar que o Brasil tem em vigência a Lei n.º 10.359/01, que dispõe sobre a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisor conterem dispositivo que bloqueie temporariamente a recepção de programação inadequada (trata-se do que, convencionalmente, se acostumou a denominar V-Chip), o que vem de encontro ao dispositivo constitucional em análise. Conforme Bitelli (2004, p. 283): “Trata-se da determinação de que os aparelhos receptores de televisão produzidos no Brasil devam conter dispositivos eletrônicos que permitam ao usuário bloquear a recepção de programas transmitidos pelas emissoras, concessionárias e permissionárias de serviços de televisão, inclusive por assinatura e cabo, que se costumou a chamar de *V-Chip*”. Com efeito, cuida-se, indubitavelmente, de importante meio de defesa ao receptor da mensagem, mas ainda parcialmente improficuo. Isto porque o assunto parece não ter *pegado* no país, de modo que a supramencionada lei chega a ganhar o caráter de natimorta ou ineficaz. Em segundo lugar, há que se lembrar que se trata de instrumento destinado a televisores apenas, ficando ainda o sinal de rádio, a imprensa e, principalmente e com maior grau de alcance, a *internet*, desguarnecidos.

Posta a rememoração, já foi explanado que a mídia busca sua imposição sobre os receptores da mensagem massificando-os, num fenômeno que facilita a exposição do conteúdo e desconsidera peculiaridades *sui generis* de alguns segmentos da sociedade.

Ocorre, contudo, que estes setores antes marginalizados têm, agora, sobretudo graças à *internet*, meios de exteriorizar seus modos de vida e pensamentos, isto é, sua liberdade de expressão. Em outras palavras, tem-se o embate entre a massificação proposta pela imprensa e a individualização permitida por novos instrumentos tecnológicos.

O desenvolvimento tecnológico permite o aprimoramento do *faça você mesmo*, num movimento entusiástico que leva a crer que o ser humano quer se expressar de outras formas, além daquelas impostas pela grande e tradicional mídia. Impensável, em outros tempos, a existência de estúdios caseiros que permitem a gravação e a edição de áudios e vídeos em qualidade aceitável, bem como de programas que possibilitem o compartilhamento destes conteúdos; o surgimento de um sem-número de gráficas e editoras que rompem com o paradigma anteriormente proposto, de vultosas vendagens, em troca de edições limitadas e do atingimento de um determinado contexto, momento ou classe social apenas; a transferência inter-regional de cultura, que possibilita ao artista nortista fazer sucesso no Sul do país; o intercâmbio na pesquisa científica; a recente adoção do livro eletrônico, que em tese protegerá o meio ambiente por não utilizar folhas e, num futuro próximo, com seu consequente barateamento, permitirá o compartilhamento de arquivos a todos seus portadores, etc.

Neste compasso, apesar deste embate, há que se afirmar que a expectativa é positiva, haja vista não ter a mídia tradicional condições de atingir a todos os setores da sociedade, já que são nuances múltiplas que, por sua vez, desencadeiam uma infinidade de combinações possíveis. Num tentame de agrupá-las, objetiva-se massificar a sociedade, impondo “este” artista a todo o país, “aquele” produto àquela faixa etária, de modo a facilitar a transmissão de informações. Não raro dizer, por isso, em um passado não muito distante, que a arte se concentrava no eixo Rio–São Paulo, o que é absoluta heresia. A arte sempre esteve presente em todo lugar, bem como o artista. O problema é que a lugares remotos, a arte apenas chegava por ondas de rádio e televisão, mas não saía. Com isso, há que se defender que a liberdade de expressão nunca esteve podada, mas apenas se limitava sua manifestação a uma vila/aldeia/região, o que consubstanciava um desperdício de potenciais talentos.

O problema é que, nesse movimento, nem tudo que se transfere, fala, canta, recita, escreve, tem valor. Denigre, em vez de engrandecer. Deprecia, em vez de acrescentar. Como

solução, cai-se nos arts. 220 e 221 da Constituição Federal, que oferecem salvaguarda ao receptor da mensagem prejudicial. Ponto a favor do ordenamento constitucional pátrio.

Isso leva a concluir que o art. 220, § 3.º, II, da Constituição Federal, é dispositivo protetor e eficaz, devendo considerar, contudo, as propostas supramencionadas, bem como esse fenômeno individualizador, que se mostra como tendência para o futuro.

4 LINHAS DERRADEIRAS: PROPOSTAS EM PROL DE UM ENTENDIMENTO

Em nota conclusiva, convém reafirmar o entendimento pelo qual a liberdade de expressão é ponte que interliga a liberdade de pensar ao direito à informação. Que não se desconecta, portanto, do pensamento já que a manifestação do pensamento só é possível graças à liberdade de expressão – e, sobretudo, da informação – haja vista a impossibilidade de separar expressão e informação pós-redemocratização em 1988. Isto porque, informação sem liberdade de expressão é notícia que acaba *entrando por um ouvido e saindo pelo outro*. Do contrário, expressão sem informação é vaguidão, *que caminha por uma estrada íngreme em direção a um penhasco*, que aqui metaforiza o supérfluo.

Sendo assim, a bem do não-desvirtuamento da liberdade de expressão na atividade de comunicação, as propostas, outrora mais bem discorridas e aqui sinteticamente feitas, são três : 1) que se exija do transmissor da mensagem a explicitação de sua tendência política, para que o receptor, potencial eleitor, não seja induzido por notícias tendenciosas; 2) que se ofereça ao receptor da mensagem, potencial consumidor, maior amplitude no acesso dos meios de comunicação, para que não seja facilmente dogmatizado pelo movimento massificador da mídia; 3) que se fomente o desenvolvimento de meios de individualização no ato de expressar-se, a fim de que se promova a efetivação do tão sonhado intercâmbio cultural promovido pelo constituinte em 1988. Tais medidas podem não ser o fim dessa caminhada em prol de uma expressão livre, mas certamente são de grande proficuidade neste processo de descontaminação.

Mas, ainda falta uma resposta derradeira: como levar a efeito tais propostas? Cindindo-as, no atinente à exigência de tomada de posição ideológica/política pelo órgão de comunicação, outra saída não há que não a legal, por intermédio de projeto de lei elaborado e votado sob iniciativa e pressão popular, a exemplo do que foi feito na Lei Complementar (LC) n.º 135/2010 (o chamado Projeto Ficha Limpa), que alterou a LC n.º 64/90. Isso impediria que os já propalados interesses políticos escusos suplantassem uma reforma

legal no sentido do aqui defendido. No tocante à oferta de maior e mais proveitosa quantidade de informação ao consumidor da notícia, bem como quanto ao estímulo à individualização da expressão, a saída está no incentivo financeiro e tecnológico em prol do livre acesso à *internet* (como o sinal livre em repartições públicas, municípios, p. ex.); no investimento em bibliotecas de municípios e de universidades/faculdades para a aquisição de livros e periódicos que funcionariam como chamariz ao cidadão; na redução da carga tributária para meios de comunicação privados que direcionarem parte de sua programação à cena cultural/informativa regional; na ampliação do estímulo à captação de recursos público-privados para cinema, teatro, música, etc., na ampliação do que propõem, em menor escala, as Leis n.º 8.685/93 (Lei do Audiovisual) e n.º 8.313/91 (Lei Rouanet), dentre outras medidas. Enfim, a implementação da primeira proposta far-se-ia estritamente por meio legal, enquanto no segundo e terceiro casos o beneficiamento seria também por meio de políticas públicas.

Assim, como últimas palavras, ainda que tais propostas possam ser taxadas como abstratas, comuns, não-inéditas, ou simplesmente pueris, há que se enfatizar que são apenas a fórmula lógica do conhecimento. Ou se faz assim, ou não se faz. Não há espaço para milagres, atalhos ou improvisos.

REFERÊNCIAS

BITELLI, Marcos Alberto Sant 'Anna. **O direito da comunicação e da comunicação social**. São Paulo: RT, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **“Reality shows” e liberdade de programação**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

ORWELL, George. **1984**. 12. ed. São Paulo: Nacional, 1979.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações**: os limites dos limites. São Paulo: Paulista, 2003.

Submissão em: maio de 2010
Pareceres favoráveis em: agosto de 2010

O Direito das Minorias na Constituição Brasileira: o papel das mulheres indígenas na preservação ambiental e sustentável de suas comunidades

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER*

THAÍS LUZIA COLAÇO**

Resumo: A temática aborda a questão da identidade e cultura e o papel da mulher indígena na gestão e na preservação ambiental para o desenvolvimento sustentável de suas comunidades. Analisa a força e a luta das mulheres pelo seu reconhecimento diante das realidades locais e globais, principalmente no que se refere à opressão, privação e discriminação que sofreram ao longo da História. Enfatiza num segundo momento o direito das minorias na Constituição Brasileira e seus principais avanços no reconhecimento de direitos do chamado grupo vulnerável, em que se encontra a mulher e em particular a mulher indígena. Enfoca também o papel destas na proteção dos direitos culturais e na construção de uma gestão ambiental dos recursos naturais para a sustentabilidade de suas comunidades. Esse tópico enfatiza a busca da identidade e da cultura desses povos, perpassando pelo conceito de cultura e da realidade da mulher indígena diante do contexto de exclusão e da tentativa de construção de uma gestão eficiente para os recursos naturais e para o desenvolvimento sustentável. O século XX estabeleceu o regime democrático e participativo como modelo preeminente de organização política. Os conceitos de direitos humanos e liberdade política hoje são parte de uma retórica prevalecente. As relações entre as diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram. Apesar disso, vive-se igualmente em um mundo de privação, destituição, discriminação e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com antigos. Conforme o exposto, faz-se necessário questionar qual é o papel da Constituição diante dessa crise de identidade, do direito de existência, da preservação cultural e ambiental, principalmente daquelas pessoas consideradas como indivíduos inferiores ou mesmo inseridas nos chamados grupos vulneráveis.

Palavras-Chave: Identidade; Cultura; Mulher. Indígena; Direitos Humanos; Grupos Vulneráveis.

* Doutora em Direito. Professora dos Mestrados em Desenvolvimento da Universidade de Ijuí – UNIUI, e Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul – UCS.

**Doutora em Direito. Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Abstract: The theme addresses the question of identity and culture and the role of indigenous women in the management and environmental preservation to the sustainable development of their communities. It analyses the strength and the struggle of women for his recognition of the realities facing local and global, especially with regard to oppression, deprivation and discrimination that have suffered throughout history. Stresses in a second time the right of minorities in the Brazilian Constitution and its main advances in the recognition of rights of the so-called vulnerable group, in which it is a woman and in particular the indigenous woman. Centre also their role in protection of cultural rights and the construction of a environmental management of natural resources for the sustainability of their communities. This topic emphasizes the search for the identity and culture of these people, passing the concept of culture and the reality of indigenous women face exclusion in the context of the attempt to build an efficient management for natural resources and sustainable development. The twentieth century has established the democratic system and participatory as important model of political organization. The concepts of human rights and political freedom today are part of the prevailing rhetoric. Relations between the different regions of the globe are now more closely linked than ever were. Nevertheless, it is also living in a world of deprivation, dismissal, discrimination and oppression overtime. There are new problems living with old. As the foregoing, it is necessary to ask what role the Constitution ahead of this crisis of identity, the right to existence, the cultural and environmental preservation, especially of those people regarded as inferior or even individuals included in the so-called vulnerable groups.

Keywords: Identity; Culture; Women; Indigenous; Human Rights; Groups Vulnerable.

1 INTRODUÇÃO

A temática aborda a questão da identidade e cultura e o papel da mulher indígena na gestão e na preservação ambiental para o desenvolvimento sustentável de suas comunidades. Nesse sentido, num primeiro momento, analisa a força e a luta das mulheres pelo seu reconhecimento diante das realidades locais e globais, principalmente no que se refere à opressão, privação e discriminação que sofreram ao longo da História. Num segundo momento, analisa o direito das minorias na Constituição brasileira e seus principais avanços no reconhecimento de direitos do chamado grupo vulnerável, em que se encontra a mulher e, em particular, a mulher indígena. Enfoca também o papel das minorias na luta pela proteção dos direitos culturais e na construção de uma gestão ambiental dos recursos naturais para a sustentabilidade de suas comunidades. Esse tópico enfatiza a busca da identidade e da cultura desses povos, perpassando pelo conceito de cultura e da realidade da mulher indígena diante do contexto de exclusão e da tentativa de construção de uma gestão eficiente para os recursos naturais e para o desenvolvimento sustentável.

O século XX estabeleceu o regime democrático e participativo como modelo preeminente de organização política. Os conceitos de direitos humanos e liberdade política hoje são parte de uma retórica prevalecente. As relações entre as diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram. Apesar disso, vive-se igualmente em um mundo de privação, destituição, discriminação e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com antigos.

Superar esses problemas é uma necessidade central do processo de desenvolvimento. O que se pretende demonstrar é a urgência de reconhecer o papel das diferentes formas de

liberdade e identidades no combate a esses males (SEN, 2000). Certamente, como assevera Stuart Hall,

Um tipo diferente de mudança estrutural está transformando as paisagens culturais, está transformando as sociedades modernas no final do século XX e início do século XXI. Isso está fragmentando as paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que no passado nos haviam fornecido sólidas localizações como indivíduos sociais. Estas transformações estão também alterando nossas identidades pessoais, abalando a ideia que temos de nós próprios como sujeitos integrados (HALL, 1997, p. 9).

Para este autor, esta perda de um “sentido de si” estável é chamada, algumas vezes, de deslocamento ou descentração do sujeito¹. Esse duplo deslocamento – descentração dos indivíduos tanto do seu lugar social e cultural quanto de si mesmos – constitui-se numa “crise de identidade” para os indivíduos (HALL, 1997, p. 50).

Esta crise vem sendo sinalizada pelo grito angustiado daqueles que estão convencidos de que a globalização ameaça solapar as identidades e a unidade das culturas nacionais. Exagero ou não, é preciso repensar alguns conceitos ou tendências. Segundo Hall, ao lado da vocação à homogeneização global, há também uma fascinação com a diferença e com a mercantilização da etnia e da “alteridade”; tem surgido, juntamente com o impacto do “global”, um novo interesse pelo “local” (assim, em vez de pensar no global como substituto do local, seria mais adequado pensar numa nova articulação entre o local e o global).

Este local não deve, naturalmente, ser confundido com velhas identidades, firmemente enraizadas em localidades bem delimitadas. Em vez disso, ele atua no interior da lógica da globalização. Entretanto, parece improvável que a globalização vá simplesmente destruir as identidades nacionais. É mais provável que ela vá produzir, simultaneamente, novas identificações “globais e novas identificações locais” (HALL, 1997, p. 84).

Conforme o exposto, faz-se necessário questionar qual é o papel da Constituição diante dessa crise de identidade, do direito de existência, da preservação cultural e ambiental, principalmente daquelas pessoas consideradas como indivíduos inferiores ou mesmo

¹ Estas observações permitem compreender que o sujeito do Iluminismo, entendido como tendo uma identidade fixa e estável, foi descentrado, resultando nas identidades abertas, contraditórias, inacabadas e fragmentadas do sujeito pós-moderno (HALL, 1997, p. 50).

inseridas nos chamados grupos vulneráveis. Estes podem se constituir num grande contingente, numericamente falando, como as mulheres, indígenas, crianças e idosos. Na prática, sofrem discriminação e são vítimas da intolerância, e não é politicamente correto tratá-los como diferentes. Outro aspecto interessante de grupos vulneráveis é que com certa frequência eles não têm sequer a noção de que estão sendo vítimas de discriminação ou que seus direitos estão sendo desrespeitados: eles não têm consciência sequer que têm direitos. É necessário, primeiramente, despertar a consciência para, depois, propor posicionamentos de reivindicação de direitos adormecidos (HALL, 1997, p. 84).

Tradicionalmente, quando se pensa em grupos vulneráveis, vêm logo à mente crianças, mulheres, indígenas, idosos, portadores de HIV, homossexuais, deficientes. A cada dia surgem novos grupos ou se percebe o tratamento discriminatório recebido por determinadas pessoas portadoras de uma característica, como as mulheres, que são vitimizadas por este ou aquele motivo, mas, na verdade, são discriminados pela intolerância e pelo preconceito.

Essas situações de intolerância ou discriminação dos chamados grupos vulneráveis e principalmente do foco deste estudo, são motivos de preocupações. Há interesse internacional de minimizar as diferenças e estabelecer metas para um crescimento contextualizado e globalizado do ser humano. Busca-se anular a possibilidade de que um entendimento anacrônico permita que situações nefastas sejam repetidas. A Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano (Pnud), tenta dinamizar o desenvolvimento e fomentar o respeito aos direitos humanos, ou seja, o direito a ter direitos. É pacífico que os atuais instrumentos de controle são insuficientes e ineficazes para resolver o problema das minorias, da intolerância e da discriminação, porque a diferença está no tratamento recebido, no relacionamento – ou fricção – entre os vários grupos, existindo relação de dominação/subordinação, em que a minoria é quem domina, não importa seu número, e a maioria é dominada (SEGUIN, 2002, p. 12-13).

A Constituição Federal de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade justa, fraterna, pluralista e sem preconceitos. O conceito de Estado Democrático de Direito é ainda fundamentado na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no pluralismo político, tendo como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

quaisquer outras formas de discriminação. Esses valores ainda são reforçados pelos princípios constitucionais da prevalência dos Direitos Humanos e repúdio ao racismo, os quais são formulados no contexto da Carta de Direitos Constitucionais, sob o título Direitos e Garantias para todos os cidadãos de forma igualitária.

As modificações nos Estados nacionais latino-americanos, começando com a Constituição brasileira de 1988, reformaram suas Constituições para inserir em seu texto a ideia de que esses Estados não eram idênticos culturalmente, mas formados por uma característica multiétnica e pluricultural. Essa nomenclatura (multiétnica e pluricultural) não está presente em todas as Constituições – e igualmente não aparece na Constituição brasileira. Esses dois termos são encontráveis na Constituição garimpando textos, juntando normas e, especialmente, analisando os artigos 210, 215 e 231 (MAIA, 2005).

Algumas Cartas Magnas, de modo expreso, caracterizam os Estados nacionais como multiétnicos e plurinacionais, reconhecendo a existência, evidente, das culturas indígenas nesses territórios. Assim o fazem a Constituição da Colômbia, a do Equador e a do Paraguai, entre outras (MAIA, 2005).

Como visto, a base jurídica para essa proteção é constitucional. E o que significa o exercício dos direitos culturais? Na realidade, traduz o exercício pleno de suas tradições, crenças, formas de vida e de organização e língua. A garantia desse direito constitucional acarreta problemas de difícil solução, mas que precisam ser resolvidos. Há mais a acrescentar, porém. É preciso saber se é garantido no momento em que essas tradições, usos e costumes pareçam, à vista dos princípios do Direito ocidental, violadores da pessoa humana, uma vez que isso já começa a dificultar e embaraçar a relação entre o Estado nacional e os povos indígenas com os seus direitos culturais garantidos. À primeira vista, a resposta parece simples. Fundamentais são os direitos, e universais são os Direitos Humanos, pois estes têm de se aplicar quando, eventualmente, uma regra, uma norma, um costume, uma tradição, viole esses direitos, ainda que pareçam aceitos socialmente e embora sejam fundamentais para o convívio pacífico em uma sociedade.

Deve-se, no entanto, levar em consideração duas questões: primeiramente, os direitos culturais, quando presentes na Constituição, são garantidos em sua integridade; segundo, os povos indígenas, muitos deles, têm uma relação muito longínqua com o Estado e vivem a sua vida independentemente da vida do Estado. Portanto, o exercício dos seus direitos culturais não passa pela reflexão sobre aquilo que se possa chamar de avanços ou progressos civilizatórios.

Não é só nesse aspecto que são detectados problemas do reconhecimento da cultura indígena, porque há um lado da medalha talvez ainda mais cruel: reconhecer o direito de os índios serem índios. Está na Constituição e começa a estar na consciência do poder, especialmente do Judiciário, com a presença marcante do Ministério Público, de algumas esferas do Executivo e grande discussão no Legislativo, principalmente numa das questões mais relevantes e atuais, que é o problema ambiental e da sustentabilidade dessas comunidades.

2 O PAPEL DAS MULHERES INDÍGENAS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS CULTURAIS (IDENTIDADE E CULTURA) E NA CONSTRUÇÃO DE UMA GESTÃO AMBIENTAL DOS RECURSOS NATURAIS PARA A SUSTENTABILIDADE DE SUAS COMUNIDADES

Nos últimos anos, os povos indígenas, as comunidades afro-americanas e os grupos étnicos têm tido maior visibilidade enquanto sujeitos de múltiplos reconhecimentos normativos, devido às suas lutas pelo resgate de territórios e de respeito ao seu estilo de vida. O processo de globalização hegemônica pretende conferir um estatuto às comunidades indígenas – de sujeito individual de direitos equiparando-as com os povos ocidentais desconhecendo, dessa forma, a luta que essas comunidades travaram para serem reconhecidas como sociedades diferentes da sociedade nacional. Segundo Hall, para que se possa definir o conceito de cultura é necessário levar em conta a comunidade imaginada: as memórias do passado, o desejo de viver em conjunto e a perpetuação da herança (HALL, 1997). Como manter a identidade cultural diante da era da globalização e da eliminação das fronteiras geográficas e políticas pelo avanço das tecnologias? Para Hall, cada conquista do homem branco subjuguou o povo conquistado e sua cultura, sua língua, suas tradições e costumes, tentando impor uma hegemonia cultural unificada (HALL, 1997). Sabe-se, no entanto, que a cultura é estável, apesar de dinâmica. Esse paradoxo entre o estático e o dinâmico pode ser explicado por meio da evolução dos tempos, da mudança nos usos e costumes de cada povo que tenta preservar sua cultura, adaptando-a à atual realidade social em que vive. Em relação a esta dinamicidade cultural, pode-se afirmar que alguns aspectos da cultura mudam e outros permanecem. Essas mudanças são características das dinâmicas culturais, fruto de fatores externos, por isso, pode-se afirmar que não existem culturas puras e não se pode considerá-las como legítimas ou ilegítimas, inferiores ou superiores.

Para Rattner, o que distingue os seres humanos das demais criaturas, é o fato de que o homem é o único ser capaz de “construir culturas”. Afirma ainda este autor que as

características culturais, embora universais, variam muito de uma sociedade para outra (RATTNER, 2005). São conhecidas muitas definições para o termo cultura, mas há um consenso entre os estudiosos de que “cultura refere-se àquela parte do ambiente produzida pelos homens e por eles aprendida e utilizada no processo contínuo de adaptação e transformação da sociedade e dos indivíduos.” (RATTNER, 2005, folhas 1).

O mesmo autor afirma ainda que a cultura, apesar de universal na experiência dos homens, apresenta-se com mais intensidade especialmente nas manifestações regionais, com características próprias e distintas de outros povos, como é o caso da cultura indígena, diferente do conjunto das estruturas sociais do homem branco.

Pode-se dizer que a Antropologia Cultural surgiu na segunda metade do século XIX e, segundo Rattner, ela se manifestou em resposta à polêmica da suposta superioridade da cultura ocidental sobre os selvagens, ou seja, sobre as culturas chamadas de primitivas, como eram conhecidas as dos indígenas. A alegada superioridade servia para efetivar e consolidar a dominação do homem branco sobre os índios e negros. A partir dos estudos da Antropologia Cultural, pode-se dizer que a cultura está inserida no processo de socialização de cada ser, que se constitui no convívio comunitário, no qual são assimiladas as normas, os padrões, a conduta, a religião, a língua, enfim, o conjunto que compõe o estilo de vida ou cultura de cada grupo. É por meio da cultura que um povo constrói a sua identidade e mantém vivas a sua história e sua etnia (RATTNER, 2005).

No entendimento de Matte, a identidade étnica está diretamente relacionada aos conteúdos culturais como os valores de moralidade e excelência, e nas expressões culturais de cada povo. É certo que alguns aspectos da cultura mudam e outros permanecem (MATTE, 2001). Essas mudanças são características das dinâmicas culturais, fruto de fatores externos, por isso, assevera a autora que não há culturas puras e não se pode considerar algumas delas como legítimas ou ilegítimas. Estudos realizados têm constatado que as populações indígenas mantêm (ainda) viva a memória de seus antepassados, continuam vivendo em comunidades organizadas e transmitem sua cultura às novas gerações.

Os índios, que na maior parte de sua existência viveram longe da chamada “civilização” do homem branco, eram considerados verdadeiros guardiões da natureza. Especialmente os nômades, que andavam livremente pelas florestas, permanecendo alguns meses em uma região e depois migrando para outras, em busca de fontes alimentares naturais. Nos lugares por onde passavam em busca de recursos para sua subsistência, nunca destruíam a natureza. Afinal, sabiam que no rodízio de suas migrações, aquela região se renovaria e produziria novamente os bons frutos que dera em tempos anteriores.

Esse povo é detentor de uma riquíssima biodiversidade natural e cultural, conhecedor de plantas com grande poder medicinal, usadas há gerações pelos seus antepassados e preservadas por suas tradições. Além disso, possui uma biodiversidade cultural inconfundível, que muitas vezes se perde por falta de proteção, de orientação e principalmente pela intervenção do homem branco, que acredita que sua cultura dominante é a única correta, desmerecendo muitas vezes a tradição do indígena ou de outras comunidades.

2.1 Diante de tal Contexto, qual é a Realidade das Mulheres Indígenas, qual é seu Papel na Proteção dessa Cultura, da Identidade de seu Povo e na Construção de uma Gestão/Desenvolvimento Sustentável dos Recursos Naturais?

As mulheres indígenas passaram por toda a sorte de massacres, estupros coloniais e neocoloniais ao longo da história do Brasil. Foram condicionadas ao medo e ao racismo, sobrevivem porque são criativas, xamãs, visionárias, curandeiras, guerreiras e guardiãs do planeta. “Seu inconsciente coletivo ancestral refloresce a cada ato de criação delas, porque elas são capazes de beijar as cicatrizes do mundo, num ato de caridade, não humilde, mas guerreira e criativa.” (POTIGUARA, 2005).

Por conta disso, é preciso resgatar as funções que a mulher indígena desempenhava antes do processo colonial, quando era venerada e tinha a última palavra na discussão dos problemas políticos e ambientais. Hoje, a participação política das mulheres indígenas é muito reduzida, decorrente justamente de razões culturais (POTIGUARA, 2005).

Sabe-se, segundo Potiguara, que a solidão e o sofrimento das mulheres indígenas começaram com a migração, provocada por ações violentas contra seus povos. Vitória daquelas que conseguiram criar seus filhos e fazê-los dignos.

Em 1756 Juçara, esposa de Sepé Tiaraju, ao ter seu marido assassinado pelos estrangeiros, iniciou sua caminhada sozinha. Assim fizeram muitas mulheres indígenas, como as esposas de Galdino, de Marçal Tupã-y, de Hibes Menino, de Kretã e muitas outras esposas anônimas, que vêm construindo e dando continuidade à cultura indígena, nas aldeias ou empurradas, violentadas para o lixo da sociedade, pois sendo pobres, analfabetas, indígenas, nortistas ou nordestinas, só encontrariam espaço de sobrevivência nesse lixo e na miséria (POTIGUARA, 2005).

Alvo de perseguição masculina no processo de colonização, as mulheres eram arrancadas do seio de seu povo para servir aos estrangeiros como escravas ou concubinas

(POTIGUARA, 2005). Nesse sentido, verifica-se que as mulheres indígenas, assim como as não-índias, vivem hoje numa sociedade ainda marcada pelo preconceito e pela falta de oportunidades, tanto no campo de trabalho quanto no campo social, político e histórico. Aos olhos da sociedade, as mulheres indígenas estão abaixo da última das camadas da sociedade. Indígenas, pobres, discriminadas, excluídas, invisíveis, mão de obra escrava em plantios de cana-de-açúcar, algodão e outras culturas. Quando estão próximas a mineradoras, são objeto sexual de garimpeiros ou mineradores, como confirmam muitas histórias que já ouvimos dos ianomâmis, em Roraima (POTIGUARA, 2005).

Nas cidades, empurradas por alguma razão social ou política de sua nação, tornam-se prostitutas nos grandes centros, objetos de tráfico internacional de mulheres, empregadas domésticas ou operárias mal-remuneradas. Urge um trabalho de conscientização nas aldeias contra a violência doméstica e sexual, contra o estupro, o assédio, o alcoolismo, que resultam nas violências interpessoais, nas intrigas, nos distúrbios psicológicos, nos suicídios (POTIGUARA, 2005). Segundo Potiguara,

Lamentavelmente, por pressão histórica, os homens indígenas continuam a manter suas mulheres na retaguarda e, em contato com os colonizadores, acabaram por adquirir os seus maus hábitos e vícios, entre os quais o de subjugar e desrespeitar a mulher (POTIGUARA, 2005).

Governo e organizações não-governamentais devem reivindicar direitos fundamentais mínimos que não são reconhecidos e, por isso, elas estão inseridas no chamado grupo vulnerável, e lutam pela sua emancipação social e pela preservação dos seus costumes e de seus valores.

Assim, baseando-se em um dos princípios basilares do Direito Ambiental – o princípio do desenvolvimento sustentável –, a mulher indígena contribui de forma marcante para uma vida sustentável de suas comunidades, lutando contra a intolerância, o preconceito, a desigualdade e a falta de oportunidades. Diante de tal contexto, a mulher indígena é uma guerreira, cria seus filhos, preserva sua origem, é mãe e educadora e ainda preza pela sustentabilidade de suas comunidades. Nesse sentido, a mulher indígena necessita do reconhecimento dos seus direitos fundamentais e de sua importância para o desenvolvimento e para a sustentabilidade social e ambiental.

É necessário enfatizar o papel da mulher indígena que ressurge, uma vez que, massacradas e caladas ao longo dos séculos, que junto com suas famílias foram violentadas pelo racismo e brutalidade das pequenas e grandes cidades brasileiras. Esse povo sobreviveu ao peso

da colonização, do racismo, da intolerância civil e religiosa e hoje necessita de campanhas de solidariedade que se constituam em um veículo de luta para conscientizar a sociedade de que os povos indígenas são os primeiros habitantes desse país, suas primeiras nações, e como tal devem ser respeitados, venerados, preservados como patrimônio humano do planeta Terra e não discriminados, empobrecidos, excluídos social, histórica e racialmente.

Isto será possível à medida que a sociedade nacional e internacional se comprometer a assegurar e valorizar os povos indígenas, em especial as mulheres, dando oportunidades para todos e acesso a oportunidades de trabalho, reconhecimento da sua identidade, bem como a divulgação de quão importante é a efetivação e aplicação prática de seus direitos como mulher e como integrante das comunidades indígenas. Nesse sentido, enxergá-las e reconhecê-las, bem como as suas comunidades e sua história, constitui o desafio do Estado na contemporaneidade, como forma de consolidação de justiça social, uma vez que essas sociedades indígenas diferenciam-se substancialmente do padrão moderno de Estado, de desenvolvimento e de direito. Nesse sentido, há necessidade do reconhecimento da mulher indígena e de seu papel como agente de transformação e de preservação da sua história e da sua cultura.

Segundo Sachs, a mulher tem um papel importante na preservação dos direitos culturais e naturais de seu povo/de sua comunidade, pois ela contribui para o ecodesenvolvimento e para uma gestão eficiente de tais recursos, principalmente diante da necessidade dessas comunidades de se autossustentar economicamente no cenário local e mundial.

É essencial, nesse sentido, que as mulheres indígenas auxiliem na satisfação das necessidades básicas; na solidariedade com as gerações futuras; envolvam toda a comunidade e seus filhos; preservem os recursos naturais e do meio ambiente em geral (SACHS, 2000). Trabalhem em conjunto para manter os processos ecológicos essenciais e os sistemas naturais vitais necessários à sobrevivência e ao desenvolvimento do ser humano; preservem a diversidade genética; assegurem o aproveitamento sustentável pensem a das espécies e dos ecossistemas que constituem base da vida humana; busquem a agricultura em forma de cooperativismo, dispensando o arrendamento; restauração das florestas, recuperando assim também a biodiversidade natural e preservando de forma equilibrada os mananciais para a confecção de artesanato, as árvores com frutas silvestres, as plantas medicinais e a depuração das fontes de água.

Dentro desta proposta de recuperação da área nativa, deveria se pôr em prática o plantio das mais diversas espécies de árvores frutíferas, a fim de abastecer a pensar comunidade

local e servir igualmente para o aumento da produção de renda e possibilidades de incrementar a forma de venda do artesanato indígena (BARBIERI, 1997).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se que por meio de um Projeto de Desenvolvimento Sustentável e do fortalecimento da identidade indígena, a comunidade e a mulher indígena teriam sua autoestima elevada, o que ajudaria no processo de revitalização de sua cultura, melhorando também a qualidade de vida em sua comunidade, garantindo uma biodiversidade saudável e o sustento das futuras gerações. Para a concretização do exposto são essenciais a concretização e a prática de políticas públicas para com os povos indígenas, pragmaticamente muito diferenciadas do que estabelece a legislação, e isso se dá efetivamente diante do pouco comprometimento das pessoas envolvidas neste processo com a causa indígena, uma vez que muitas vezes não conhecem a realidade em que vivem essas comunidades e não respeitam seus integrantes como cidadãos de direito.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente**: as estratégias de mudanças da AGENDA 21. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 1997.

MAIA, Luciano Mariz. O direito das minorias étnicas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 21 out. 2005.

MATTE, Dulci Claudete. Etnicidade entre os universitários kaingáns na UNIJUÍ. 2001. (Dissertação)–Mestrado em Educação nas Ciências. Programa de Pós-Graduação. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, maio de 2001.

MATTE, Dulci. **Um estudo sobre as dinâmicas simbólicas, sociais, econômicas, políticas e identitárias entre os Kaingang de Guarita–RS**. [S. n. t], 2005.

POTIGUARA, Eliane. Desafio sobre gênero na questão indígena. Disponível em: <<http://elianepotiguara.org.br>>. Acesso em: 31 out. 2005.

RATTNER, Henrique. Cultura, personalidade e identidade. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/58489770/Cultura-Personalidade-e-Identidade-Henrique-Rattner#scribd>>. Acesso em: 12 maio 2005.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

SEGUIN, Elida. **Minorias étnicas e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

Submissão em: outubro de 2010
Pareceres favoráveis em: novembro de 2010

El Derecho Penal frente al Terrorismo: hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura¹

RAÚL CARNEVALI*

Resumen: El terrorismo siempre ha supuesto un desafío para el Derecho penal en cuanto a determinar cuáles son los instrumentos jurídico-penales más idóneos para enfrentarlo. Este trabajo, luego de examinar las distintas posiciones de la doctrina, propone cierta flexibilización del marco garantístico. Asimismo, el terrorismo ha suscitado discusión en relación a la tortura. La cuestión a debatir es si cabe o no su justificación bajo ciertas circunstancias.

Palabras clave: Terrorismo - Garantías – Tortura - Seguridad.

Criminal Law on Terrorism. Towards a Particular Punitive Model and on the Treatment of Torture

Abstract: Terrorism has always meant a challenge to Criminal law in terms of determining which legal criminal instruments are the most adequate to face it. After analyzing the different positions of the doctrine, this work proposes certain flexibilization of the guarantee framework. Likewise, terrorism has caused discussion regarding torture. The issue to be discussed is whether to justify it or not under certain circumstances.

Keywords: Terrorism - Guarantees - Torture - Security

* Doctor en Derecho. Profesor asociado de Derecho Penal y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (Chile).

¹ Este trabajo se realizó durante mi período de investigación postdoctoral en el Departamento de Derecho Penal “Cesare Beccaria” de la Universidad de Milán. Mi estancia fue financiada por Becas Chile y por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Algunas de las materias aquí tratadas fueron expuestas en las VI Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales, organizadas por la Universidad Católica de la Santísima Concepción en noviembre de 2009. Quisiera agradecer al Dr. Francesco Viganò (Universidad de Milán), a la Dr.^a Tatiana Vargas (Universidad de los Andes) y al Mg. Ignacio Castillo (Universidad de Talca) por sus comentarios y observaciones.

I PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Aun cuando el terrorismo, en sus diversas manifestaciones, ha estado siempre presente en la historia de la humanidad (BASSIOUNI, 2005, p. 93)², hoy adquiere especial relevancia por los medios que puede emplear: catastróficos y de consecuencias inimaginables para la humanidad. De allí la especial atención que debe prestar el Derecho –no sólo el punitivo– a estos fenómenos. Resulta ineludible la discusión entre libertad, seguridad, y la búsqueda del necesario equilibrio. ¿Cómo el Estado debe cumplir con su función de maximizar la protección sin descuidar el respeto a las garantías?³

Quisiera graficar la discusión que en este orden se puede dar a través de una escena de la serie de televisión 24 (sexta temporada). El contexto es el siguiente: Estalla una bomba nuclear en California donde mueren 12.000 personas. Frente al atentado el Presidente de

² Cabe tener presente que en 1934, como consecuencia del asesinato del Rey Alejandro de Yugoslavia y del ministro francés de Asuntos Exteriores, Francia presentó ante la Sociedad de las Naciones una iniciativa para castigar los delitos terroristas. En 1937 se firmó el Convenio para la represión y prevención del terrorismo –cuyo juzgamiento debía corresponder a una Corte penal internacional–, pero jamás entró en vigencia, pues sólo fue ratificado por trece Estados. En aquel entonces, se discutía, teórica y políticamente, si el movimiento anarquista podía o no calificarse como terrorista. Véase: Manzini (1948, p. 567-569).

³ Sobre este punto, el politólogo italiano Angelo Panebianco en una columna publicada el 13 de agosto de 2006 en el Corriere della Sera, se preguntaba qué sucedería si se lograba desbaratar un atentado nuclear mucho más grave que los del 11 de septiembre de 2001 gracias a la confesión de un terrorista envuelto en el ataque, arrestado ilegalmente y luego torturado. ¿Cómo conciliar el Estado de Derecho y la seguridad? Señalaba que el Estado de Derecho es un instrumento imperfecto que sirve para regular las relaciones dentro de la comunidad democrática y en condiciones de normalidad. Pero frente a situaciones que ponen en peligro la seguridad nacional debe aceptarse una “zona gris”, que se mueve entre la legalidad y la ilegalidad. Según el autor es la única forma de salvar el Estado de Derecho y la democracia. Véase: <http://www.corriere.it/Primo_Piano/Editoriali/2006/08_Agosto/13/PANEBIANCO.shtm>. Acceso en: 10 mayo 2010.

la nación debe adoptar medidas, por lo que reúne a sus asesores. En este contexto, tiene lugar un diálogo entre la Consejera de Seguridad Nacional y el Jefe de Gabinete: La primera dice: –¿Crees que soy una liberal de corazón blando predicando sobre las libertades civiles? A lo que el Jefe de Gabinete contesta: –la Constitución es una cosa maravillosa, pero vuelve a los días de los padres fundadores. El arma al alcance de la mano era un mosquete de un solo disparo, que lleva medio minuto cargar y disparar. El que puso la bomba nuclear mató a 12.000 personas en menos tiempo y sin siquiera apuntar. Amo la Constitución, pero no quiero estar detrás cuando estalle la siguiente. Más adelante, el mismo Jefe de Gabinete para justificar las limitaciones a las libertades afirma: –los enemigos de George Washington usaban capas rojas brillantes y marchaban en línea recta. Los padres fundadores nunca pudieron concebir un enemigo sin Estado, escondido entre nosotros. No apuntando a nuestros soldados, sino a nuestras civilizaciones.

Es cierto que se trata de un ejemplo de ficción –y esperemos continúe siéndolo–, pero lamentablemente la realidad nos dice otra cosa y un hecho como el descrito es perfectamente posible, incluso puede ser peor. En este contexto, la cuestión es si los ordenamientos jurídico-penales deben o no “prepararse” para enfrentar situaciones como las descritas, que traerían consigo graves consecuencias. Si ante amenazas semejantes, que en los tiempos de la Ilustración jamás se pudieron concebir, se debe disponer de instrumentos idóneos para enfrentarlos. Cabe preguntarse entonces, ¿el Derecho penal que podemos llamar “clásico” –o Derecho penal del ciudadano– concebido para una criminalidad “común” puede ser eficiente? Incluso, expuesto en términos más radicales ¿puede el Derecho penal en general –llámese Derecho penal del ciudadano o del enemigo– ser un medio idóneo y suficiente para enfrentar estos nuevos riesgos o más bien se debe recurrir a mecanismos esencialmente políticos?

Pues bien, establecido el marco general de la discusión, indicaré cuáles son las dos materias a las que dirigiré mi atención: i) si es preciso o no introducir reglas penales y procesales que aborden de manera particular estos fenómenos especialmente graves. Esto es, si una maximización tuitiva autoriza a flexibilizar ciertas garantías; ii) si los agentes estatales pueden torturar a sospechosos para salvar la vida de inocentes –caso de las “ticking time bombs”–. Reconozco que tan compleja situación, expuesta en estos términos puede generar un fuerte rechazo, pero son hechos que no sólo ocurren, sino que la propia ciudadanía se pregunta si pueden admitirse bajo ciertas circunstancias. Por tanto, el teórico debe afrontarlos y tomar una postura. Precisamente, en contextos de esta naturaleza –como en el ejemplo de ficción propuesto–, sobre todo cuando las reacciones son a posteriori, se puede caer en la tentación de recurrir a excesos y el Estado aplicar métodos desproporcionados, especialmente presionado por una población que exige eficacia a cualquier costo.

II RESPUESTAS DEL DERECHO PENAL FRENTE AL TERRORISMO

II.1 Las Distintas Posiciones de la Doctrina

Lo primero que debe decirse es que no se trata de un tema novedoso. Delitos de similar naturaleza han estado “desde siempre” presentes en el Derecho penal –basta tener presente los delitos contra la seguridad interior del Estado que dispone el Código penal chileno–. Pero los peligros del siglo XIX no son los mismos de nuestros tiempos. La diferencia, como se ha subrayado, es la magnitud de las consecuencias, que no pueden desconocerse si se pretende ofrecer respuestas eficientes.

Cómo enfrentar ciertos actos contrarios a la seguridad, sea que las respuestas provengan del Derecho, sea de la fuerza política, fueron también tratados, entre otros, por Kant en su libro *Sobre la paz perpetua*. Allí señalaba que la paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*); el estado de naturaleza es más bien la guerra, es decir, un estado donde, aunque las hostilidades no hayan sido rotas, existe la constante amenaza de romperlas. Por tanto, la paz es algo que debe ser “instaurada”; pues abstenerse de romper las hostilidades no basta para asegurar la paz, y si los que viven juntos no se han dado mutuas seguridades –cosa que sólo en el estado “civil” puede acontecer–, cabrá que cada uno de ellos, habiendo previamente requerido al otro, lo considere y trate, si se niega, como a un enemigo (KANT, 2005, p. 14).

Como nota a la sección segunda Kant agrega:

Pero un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de esta seguridad y me está lesionando ya, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (facto) ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado (statu iniusto), que es una constante amenaza para mí. Yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o apartarse de mi lado (KANT, 2005, p. 14).

Hobbes por su parte, afirmaba que cualquiera que atenta contra la seguridad o la supervivencia del Estado no es un delincuente sino un enemigo y contra él no valen las reglas del Derecho sino las de la fuerza. Y la rebelión, no sería más que una renovación del estado de guerra (HOBBS, 1979, p. 386)⁴.

⁴ Al respecto, Gracia Martín (2005, p. 128 ss). Ahora bien, es cierto como señala Muñoz Conde (2005, p. 30), que son autores del s. XVII y XVIII pero ello no impide desconocer su autoridad y la relevancia de sus afirmaciones.

Puede decirse que existen dos grandes posiciones para enfrentar actos de esta naturaleza:

- a) están aquellos que sostienen que el Derecho penal debe mantener las reglas tradicionales –esencialmente conforme a los principios clásicos asentados desde la Ilustración– en el entendido que la mayor eficacia se logra respetando las garantías sin limitación alguna. Y es que toda alteración enturbiaría lo que se espera de la intervención penal. A través de un ejemplo –planteado por Zaffaroni– se puede clarificar lo aseverado: ¿Resulta importante si quien coloca una bomba en un avión en vuelo lo hace para imponer sus ideas políticas, sólo aterrorizar, para cobrar un seguro o eliminar a la empresa competidora? Para ello, se señala, es suficiente que se apliquen las reglas del homicidio, agravantes y concursos. En fin, no tiene sentido buscar tipos especiales y reglas particulares de carácter procesal, pues sólo generan confusión (ZAFFARONI, 2006, p. 183)⁵;
- b) otros en cambio, son del parecer de que sí es necesario estructurar un Derecho penal con reglas de imputación y procesales menos estrictas cuando se está frente a fenómenos particularmente graves. En este sentido, se habla de Derecho penal del enemigo⁶, Derecho penal de tercera velocidad o un Derecho penal de la seguridad. En este sentido, Silva Sánchez afirma que si bien un Derecho penal de la tercera velocidad es un mal, éste, bajo ciertas circunstancias, puede ser un mal menor. Es por ello que debe constantemente revisarse a fin de evitar que no responda a consideraciones de eficacia y necesidad (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 166). En la misma línea, Viganò señala que a través de un enfoque flexible se busca un punto de equilibrio sostenible entre garantías y exigencias de defensa social. Es más, para este autor es inevitable reconocer una doble vía entre la criminalidad común y la criminalidad más peligrosa –como es la terrorista–, disponiendo de una modelación diversificada de garantías (VIGANÒ, 2007, p. 9-10).

⁵ Ideas semejantes plantea respecto al tratamiento de la criminalidad organizada, pues los instrumentos a los cuales recurre el Derecho penal y procesal penal lo que hacen es establecer un Derecho penal autoritario. Véase: Zaffaroni (1999, p. 63 ss); Albrecht (2005, p. 857), propone que los delitos de terrorismo sean tratados como delitos de homicidio. Asumiendo que la normativa antiterrorista conforma una legislación de emergencia, fuertemente antigarantista Villegas (2006, p. 1 ss).

⁶ Sobre la noción introducida por Jakobs hay suficiente literatura, véase, entre otros: Jakobs (1997, p. 293 ss) comienza a tratar el tema, en donde traza la distinción con el ciudadano. En p. 98 señala que mientras el Derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad, el Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos. Esencialmente, cuando se habla de Derecho penal del enemigo (“Feindstrafrecht”), se caracteriza por adelantar la intervención penal, disminuyendo la proporcionalidad entre el hecho y la pena. Asimismo, se reducen las garantías procesales, por cuanto el autor no garantiza la mínima seguridad cognitiva sobre su comportamiento, al haber abandonado definitivamente el Derecho: Jakobs (2004, p. 58 ss); Jakobs (2003, *passim*); Cancio Meliá (2006); Gracia Martín (2005, p. 89 ss, 117 ss), quien hace ver que no se trata de un concepto nuevo. Por el contrario, ya se puede encontrar en la sofística griega; Aponte (2001, p. 251 ss).

Sin perjuicio de estas dos grandes posiciones, puede destacarse a quienes han sostenido que el Derecho nada puede hacer en estos casos. Si bien, no es una postura que hoy se defienda, sí puede mencionarse por la envergadura intelectual de quienes la sostuvieron.

Francesco Carrara, en su monumental obra Programa de Derecho criminal, señalaba que no se iba a ocupar de estos delitos de carácter político, pues no podían comprenderse en su Derecho penal, basado en los principios iluministas. Y es que en sus palabras: en el campo de los delitos contra la seguridad del Estado no existe el Derecho penal. No hay en ellos ni delito ni pena sino una guerra y una defensa directa. La razón jurídica es reemplazada por el derecho de la guerra. Según Carrara, en esta esfera el Derecho penal ya nada podría hacer⁷.

Incluso Jiménez de Asúa, al referirse a los criminales de guerra nazis, sostenía que el Derecho penal era un instrumento inútil. Es más, citaba como ejemplo a seguir el de Rusia, que separaba la acción jurídico penal, a través de su Código penal, de la defensa de la revolución y el exterminio (sic) de los contrarrevolucionarios –enemigos–. Por tanto, se trataba de una tarea ejecutiva y no jurídica, que debía ser asumida por la Checa –policía política del régimen– (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1944, p. 335-336). Por cierto, no deja de llamar la atención las palabras pronunciadas por uno de los más connotados juristas españoles.

De lo expuesto, la cuestión a examinar es la siguiente: el Derecho penal es inútil para enfrentar estos fenómenos y, por tanto no creemos en él. O, por el contrario, sí podemos recurrir al Derecho penal, pero consideraciones de mayor eficiencia llaman a establecer ciertas reglas que pueden significar una flexibilización garantística. Por último, que no deben alterarse las reglas del Derecho penal de corte liberal, pues se corre el riesgo de desnaturalizarlo y de convertirlo en un Derecho penal autoritario.

Por de pronto, no es plausible lo expuesto por Carrara o Jiménez de Asúa y debe desecharse cualquier intento en este orden. Un poder político sin mayor control terminaría por deslegitimarse, dado los excesos y arbitrariedades que en contextos de esta naturaleza tienen lugar, generando así un clima de mayor inseguridad. Por lo demás, el desarrollo del Derecho penal internacional y todas las normas que en este sentido se han dictado, tales como las Convenciones de Ginebra, el Estatuto de Roma para instaurar una Corte Penal Internacional – sólo por citar unas pocas– han puesto en evidencia que el Derecho sí

⁷ Para Carrara (1985, IX, § 3.939, p. 525-526), a los enemigos hay que tratarlos con la fuerza del poder político, con toda la carga de arbitrariedad que ello pudiera significar; Etcheberry (1998, IV, p. 97-98), estima razonable la postura de Carrara, pues según su parecer no hay un bien jurídico que proteger. Por tanto, lo único que justifica la incriminación de estos delitos es la defensa social, el pretender vivir pacíficamente.

tiene mucho que decir⁸. Basta pensar que la decisión de establecer los Tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda se adoptó por las Naciones Unidas – conforme al capítulo VII de la Carta de la ONU–. Fue la propia comunidad internacional la que exigió reestablecer el imperio del Derecho, pues era el camino más legítimo para alcanzar la paz⁹. El tiempo ha demostrado que fue una decisión acertada.

Pues bien, si no debe aceptarse, bajo ninguna circunstancia, la idea de la fuerza política como herramienta predominante para enfrentar el terrorismo, significa que el iter a seguir es la jurisdiccionalización del problema en cuestión, en todas sus manifestaciones, incluso las más intensas¹⁰. Llegado a este punto, surge una segunda cuestión y es la de resolver cómo brindar seguridad a la ciudadanía a través del Derecho penal, sin que ello suponga poner en entredicho el basamento axiológico sobre el cual se asienta el Derecho penal. Como acertadamente afirma Silva Sánchez, una legislación penal se legitima en la medida que es capaz de sintetizar dos pretensiones sociales básicas: la protección de sus intereses y la libertad –prevención y garantías–. Es decir, lo propio de una democracia representativa es velar porque dicho equilibrio se respete: ciudadanos que eventualmente pueden ser

⁸ Sobre el papel que puede cumplir la Corte Penal Internacional frente al terrorismo, Arnold (2004, *passim*). Asimismo, la experiencia europea en su lucha contra el terrorismo interno y externo ha puesto de manifiesto que el sistema punitivo sí es un instrumento válido. Así puede apreciarse con la Convención del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, en: <conventions.coe.int-Treaty-EN-Treaties-Html-196.htm>. Acceso en: 16 mayo 2010. Al respecto, Sottiaux (2008, *passim*), quien analiza no sólo el panorama legislativo europeo y norteamericano, sino también examina la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Suprema Corte de los Estados Unidos; Bauccio (2005, *passim*); Picchio Forlati (2007, *passim*).

⁹ Las palabras de Atoki Ilesa, embajador y representante de la República Democrática del Congo ante la Naciones Unidas permiten comprender el espíritu que inspira la Corte Penal Internacional, y por tanto la importancia del camino del Derecho: “Mientras les estoy hablando se están cometiendo graves crímenes en Kisangani, Congo Oriental. Los que están cometiendo estos crímenes no han comparecido ante la justicia y hasta se han burlado de las resoluciones del Consejo de Seguridad que llaman a terminar el conflicto de manera pacífica. Esto evidencia que la impunidad es uno de los factores esenciales que impiden que haya paz y seguridad internacional en nuestra región. Desde nuestra perspectiva, la Corte Penal Internacional constituye un importante avance en la lucha contra la impunidad, una mano extendida hacia las víctimas que habían perdido toda esperanza, una enérgica advertencia a los asesinos, incluyendo a aquellos de la región de los Grandes Lagos donde la cultura de la impunidad y los conflictos sangrientos han producido las más terribles violaciones a los derechos humanos y verdaderos desastres humanitarios. La Corte Penal Internacional no sólo servirá para enjuiciar a los responsables de los crímenes de su competencia, sino que además servirá para disuadir a los que cometen tales crímenes. A sabiendas de esto, se puede entender mejor el compromiso del Congo con la creación de una corte permanente cuyo fin es que los crímenes que han remecido la conciencia de la humanidad no queden sin castigo”. En: <coalitionfortheicc.org-documents-monitor21.200106.espanol.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2010.

¹⁰ En estos mismo términos, Viganò (2007, p. 7); riesgos de una desjurisdiccionalización se pueden apreciar en la legislación norteamericana, claramente a partir del 11 de septiembre de 2001, véanse: Susan (2008, *passim*); Sottiaux (2008, p. 35 ss); Vervaele (2005, p. 739 ss). Sobre la legislación y práctica antiterrorista de cinco países angloparlantes: Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Reino Unido y Estados Unidos: Douglas (2008, p. 90 ss).

víctimas tendrán un interés en obtener una mayor protección, pero también esos mismos ciudadanos exigirán mayores garantías si se les imputa un delito (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 142; SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 186 ss; BERGALLI, 2004, p. 59 ss).

II.2 Una Necesaria Flexibilización del Marco Garantístico

La cuestión a debatir es la siguiente: es plausible el tradicional discurso de que cualquier modificación del edificio garantístico sobre el cual se asienta el Derecho penal constituye un riesgo. Me parece que no. Por de pronto, me parece aún más peligroso el ejemplo expuesto más arriba. ¿Es posible considerar seriamente que el fin es irrelevante? Que es lo mismo poner una bomba en un avión para aterrorizar que para cobrar un seguro. Por supuesto que no tienen el mismo significado.

Como muy bien señala Viganò,

precisamente a efectos de no disipar el patrimonio esencial de las garantías y principios que conforman nuestra propia identidad occidental, hoy más que nunca es necesaria una seria toma de conciencia de la extrema peligrosidad y del carácter anómalo del fenómeno criminoso representado por el terrorismo de matriz islámica¹¹. La disponibilidad para el martirio vuelve a muchos terroristas –o aspirantes a tales– bastante menos motivables por la norma penal que la generalidad de los criminales, a la vez que exalta su carga de peligrosidad: porque en este modo cualquiera está en condiciones de transformar su propio cuerpo en un arma letal. Pero si lo anterior es así, entonces quizás aparecerá como inevitable que la función de neutralización de la peligrosidad individual, propia del derecho penal en su complejo, resalte en primer plano frente a la ‘clásica’ función ‘disuasiva’ de la norma penal, o bien respecto a su función de “integración social”. Más adelante afirma: “Todo lo cual significa reconocer abiertamente la inevitabilidad de una doble vía para la criminalidad común y para ciertas formas de criminalidad particularmente peligrosas (in primis el terrorismo). También el enfrentamiento de estas últimas realidades deberá permanecer confiada al derecho y a la jurisdicción penal, pero con una modelación diversificada de la garantías fundamentales reconocidas a los imputados y condenados.” (VIGANÒ, 2009, p. 9)¹².

¹¹ Aclaro que mis argumentaciones no se dirigen a una forma de terrorismo en particular.

¹² En este mismo sentido, Silva Sánchez (1992, p. 165): “A la vez, en casos de esta naturaleza (criminalidad de Estado, terrorismo, criminalidad organizada) surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí que, en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el Derecho como tal, pueda plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías sustantivas y procesales”. Acerca de las particulares que presentan los integrantes de grupos terroristas islámicos, Cano Paños (2009, p. 1 ss). (Disponible en: <criminet.ugr.es-recpc>. Acceso en: 17 mayo 2010).

No comparto el discurso “alarmista”, esto es, que plantear una limitación a las garantías constituye un riesgo que debe prevenirse a toda costa; que el Derecho penal liberal propio de un Estado de Derecho no puede cometer la ingenuidad de cederle un espacio y menos aún su instrumento orientador, determinado por los principios iluministas, a un Derecho penal autoritario –entendiendo como tal un derecho penal que enfatice en la seguridad o una mayor optimización en la protección de bienes jurídicos–¹³.

En primer lugar, siempre se ha entendido –incluso por pensadores de la Ilustración– que existen ciertos comportamientos que requieren de un tratamiento más riguroso. El propio Beccaria individualizaba a los delitos de lesa majestad como aquellos que destruyen a la sociedad y quienes la representa, siendo por tanto los más dañosos. Es más, siendo en general contrario a la pena de muerte, sostenía que en algunos casos podía estimarse necesaria cuando los intereses de la seguridad de la nación así lo reclamaban¹⁴. Por tanto, no parece cierto que se estaría traicionando el ideario iluminista.

Por lo demás y como se ha dicho hasta el cansancio, el “viejo y buen Derecho penal liberal” que se cimenta sobre estrictas garantías frente al poder punitivo del Estado nunca ha existido (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 149 ss). Incluso los procesos codificadores que tuvieron lugar durante el siglo XIX, y que recogieron los principios de ascendencia iluminista, también dispusieron de sendos títulos referidos a los delitos contra la seguridad del Estado, con reglas especiales y más rigurosas que respecto de los delitos “tradicionales”.

Por otro lado, tampoco es admisible que se plantee que un Derecho penal de doble criminalidad se opone al Estado de Derecho. Precisamente, cuando autores como Jakobs, Silva Sánchez o Viganò argumentan en este orden lo hacen pensando en un Derecho penal propio de un régimen democrático, recurriendo a todas sus instituciones. Sostener lo contrario, es caer en discursos ideológicos inconducentes¹⁵. Por último, no me parece

¹³ Al respecto, Zaffaroni (2006, p. 184).

¹⁴ Con ello se pone en evidencia que también Beccaria admitía que ciertas formas de criminalidad peligrosa – como es hoy el terrorismo– podían sujetarse a otras reglas. Beccaria (1981, p. 24 y 62).

¹⁵ “Una vez aireadas ciertas cuestiones ya no es posible esconder la cabeza bajo tierra como los avestruces, o mirar para otro lado. Se trata de retos a los que antes o después la ciencia del derecho del siglo XXI tiene que hacer frente. Tenemos, por tanto, que analizar qué puede aportar al final –a pesar del rechazo– la idea del derecho penal del enemigo. Por otro lado, si dogmáticamente podemos definir las características de lo que podemos denominar derecho penal del enemigo e identificarlo, ello nos puede servir para deslegitimar apartados concretos del ordenamiento vigente; es decir, se trata de un instrumento más para deslindar los modelos legítimos de los modelos ilegítimos de derecho penal –no más difuso que las referencias al derecho penal simbólico o al derecho penal del riesgo–” (FEIJOÓ SÁNCHEZ, 2006, p. 135). Véase: Carnevali (2009, p. 25 ss); Marinucci (2001, p. 231 ss).

razonable sostener que bastan las reglas “clásicas” aplicables a cualquier delito para enfrentar fenómenos como el terrorismo cuando a todas luces el mundo camina por otro derrotero –los desafíos del siglo XXI son otros, muy diversos a los del siglo XIX–. Nos guste o no el mundo cambió tras el 11 de septiembre de 2001 y el teórico debe ofrecer un discurso razonable en este sentido, precisamente para evitar desviaciones y arbitrariedades en que puede caer la autoridad. No hacerlo alejaría aún más a la ciencia penal, que seguiría sin influir en quienes realmente “discuten”, bien o mal, el Derecho penal, como son los legisladores. Asimismo, es importante que ofrezca también un discurso a la opinión pública, que no sea sólo comprensible para unos pocos iniciados¹⁶.

Indudablemente que cuando se plantea un determinado marco garantístico para enfrentar actos de particular peligrosidad y potenciales efectos catastróficos, se debe tener en cuenta ciertos criterios valorativos, que permitan trazar un mínimo indisponible. Éste no puede sino construirse sobre la base del respeto a la persona y dignidad humana, reconocida en constituciones políticas y tratados internacionales, como la Convención europea de derechos humanos y la Convención interamericana de derechos humanos (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 86; VIGANÒ, 2007, p. 10). Conforme a lo anterior, no es posible adoptar medidas que supongan una instrumentalización del sujeto, convirtiendo a éste en un mero objeto, cualquiera sea el propósito que se persiga. Es decir, en la ponderación de intereses –dignidad del sujeto y seguridad colectiva– primará siempre el sujeto. Es por lo anterior, que no puede justificarse la tortura, ni todo aquello que pueda suponer someterlo a tratos inhumanos o degradantes¹⁷. Precisamente, como señala Roxin, la superioridad moral del Estado frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste (ROXIN, 2004, p. 29). En todo caso, más abajo se examinará la tortura en ciertos casos excepcionales, y cómo debería responder el Derecho.

Por último, frente a los riesgos de “contaminación” de un Derecho de esta naturaleza al Derecho penal “clásico” –que por cierto puede existir–, estimo que se disponen de los instrumentos suficientes para evitarlo. En efecto, al Tribunal Constitucional le corresponde

¹⁶ Schünemann (1996, p. 54), afirma que en Alemania la ciencia penal muchas veces se enfrasca en discusiones sin mayor relevancia, perdiendo así la oportunidad de influir en la praxis; Muñoz Conde (2000, p. 45), destaca que la dogmática muchas veces se aleja de la praxis y se orienta al interior del sistema; Quintero Olivares (2004), p. 91 ss) resalta el desinterés de los gobernantes españoles por conocer las peticiones de la doctrina; Carnevali (2009, p. 21); Viganò (2007, p. 9).

¹⁷ Carella (2009, p. 122) señala que se trataría de un artificio retórico pretender colocar en un mismo plano seguridad y derechos humanos, pues los derechos son medidas de protección y la seguridad, medida de prevención. Esto último supone obligaciones de medios y no de resultados. En consecuencia, para esta autora, jamás pueden ponerse en el mismo nivel: no son equiparables protección y prevención. Por un lado, está la segura violación de un derecho y por la otra, la incierta ventaja en términos de seguridad.

ejercer el debido control de racionalidad legislativa, de manera que las normas penales que en este orden se puedan establecer respondan al entramado de garantías dispuestas en la Constitución y tratados internacionales (HIRSCH, 2004, p. 133-134). Por tanto, pueda declararse en su caso la inconstitucionalidad de estas disposiciones. A través de un exhaustivo trabajo en esta dirección permitirá fijar el marco sobre el cual ha de actuar el legislador. A lo anterior, debe también tenerse en consideración la importante labor de “precisión de la norma” que les corresponde a los jueces. Y es que una jurisprudencia motivada y profunda también puede brindar la necesaria seguridad jurídica para el ciudadano¹⁸.

II.3 Algunas Consideraciones Respecto del Terrorismo que Justifican un Modelo Diverso. Análisis de la Normativa Italiana

Que la respuesta debe provenir del Derecho penal, incluso tomando en cuenta las particularidades del fenómeno que debe enfrentar, ya pone de manifiesto una decisión de especial importancia, y es que la sociedad no renuncia a su identidad cultural. En efecto, se reconoce como base fundamental el respeto a la dignidad humana, con todo su entramado de derechos y libertades fundamentales, y que se recoge en la estructura del sistema penal. Es decir, bajo ninguna circunstancia puede tolerarse recurrir a medidas eficientistas a cualquier costo que terminarían por deslegitimar cualquier intervención en este orden (CARNEVALI, 2009, p. 29 ss; SILVA SÁNCHEZ, 1996, p. 127).

Ahora bien, que se tome una postura a favor de enfrentar el terrorismo con los instrumentos que brinda el Derecho penal, esto es, estimando que la jurisdiccionalización del problema puede ser una herramienta eficiente, no impide a su vez considerar que para ello deben adoptarse ciertas medidas que pueda significar un modelo garantístico particular. Como se ha indicado supra, es preciso estructurar un sistema que sea lo suficientemente equilibrado, que refleje un debido balance entre, por una parte, los derechos del imputado, y por otro, lo que representa la seguridad de la sociedad.

Al respecto, debe tenerse presente que el fenómeno terrorista contiene ciertas características que no se pueden desatender y que, precisamente, avalan una postura en la dirección indicada. Por de pronto, considerando las graves consecuencias que pueden derivarse de actos terroristas, adquiere particular relevancia el recurso de instrumentos dirigidos a la minimización de riesgos. Por tal motivo, la orientación del ordenamiento

¹⁸ Sobre el llamado al juez de “precisar” la norma, Hassemer (1984, p. 314-319).

debe tener un carácter prospectivo más que de orden retrospectivo, como sí acontece en el Derecho penal “clásico”. El punto de especial atención es el hecho que va a cometerse más que el hecho cometido. Ello quiere decir que el ordenamiento jurídico debe también adoptar medidas que presten el debido cuidado a los actos que están por realizarse (CANCIO MELIÁ, 2003, p. 37).

Por lo anterior, resulta plenamente justificable disponer de normas que supongan la punición de determinados actos preparatorios. Parece evidente que conductas como las terroristas –así como también otras propias de la criminalidad organizada– requieren de herramientas eficaces: una intervención penal oportuna, sin tener que esperar estar frente a actos de ejecución. Sostener lo contrario, podría tornar inútil cualquier medida preventiva. Indudablemente, una decisión político criminal de esta naturaleza, tan incisiva en el ejercicio de las libertades fundamentales, requiere de una rigurosa selección de conductas que satisfagan principios como los de lesividad o proporcionalidad.

Lo expuesto podría inscribirse dentro de la llamada “teoría de la anticipación”. En efecto, tratándose de delitos de organización como es el terrorismo, supone que se está frente a dimensiones institucionales que favorecen la comisión de delitos dentro de su contexto. En consecuencia, las sanciones de que se disponen para actos vinculados a la organización se justificarían sobre la base de anticipar la protección de bienes jurídicos que se verían afectados por la comisión de los delitos fines de la organización (SILVA SÁNCHEZ, 2006, II, p. 1.880). Es decir, dado el incremento de peligrosidad que representa la organización, es que se justificaría adelantar la intervención punitiva (SILVA SÁNCHEZ, 2006, II, p. 1.880).

Precisamente, la regulación italiana dispone de una serie de disposiciones en la dirección descrita, esto es, de sancionar excepcionalmente ciertos actos preparatorios. Como es sabido por todos, Italia ha conocido de cerca el terrorismo interno –las Brigadas Rojas en la década de los setenta y ochenta–, así como los actos de la mafia, que si bien no puede calificarse en rigor de actividad terrorista, sí comparte ciertas particularidades propias de la criminalidad organizada que hacen necesario disponer de normas particulares para su tratamiento¹⁹. Por otro lado, y sobre todo a partir de los acontecimientos del 11 de septiembre, de marzo de 2004 en Madrid y de julio de 2005 –atentado en Londres–, así

¹⁹ La literatura italiana sobre la mafia y la criminalidad organizada es abundante. Un elenco bastante exhaustivo sobre el delito de asociación de tipo mafioso del artículo 416 bis del Código Penal italiano (DOLCINI; MARINUCCI, 2006, II, p. 3.144 ss). Asimismo, sobre las particularidades de la criminalidad organizada, véanse, entre otros: Parano (2005); Patalano (2003); Fornasari (2002); Militello (2000); Moccia (1999).

como la presencia de bases de reclutamiento de terroristas islámicos en suelo italiano, han motivado modificaciones de su ordenamiento penal.

Por de pronto y con acierto, el Código Penal italiano ha dejado atrás la clásica concepción del terrorismo, propio de los años setenta y ochenta, vinculada más bien con la subversión del orden constitucional interno²⁰. En efecto, si bien contiene normas en este sentido – artículo 270 y 270 bis– hoy va más allá, pues se entiende que pueden también realizarse actos terroristas que no tengan propiamente un propósito subversivo²¹. Por ejemplo, poner una bomba en la embajada israelí de Roma –o el mismo atentado de Madrid en marzo de 2004–, no procuran revertir el orden institucional, ni socavar el régimen político democrático, sólo pretenden intimidar y dar a conocer el poder destructivo de una organización que les permita imponer sus términos. Es más, como se verá, también se sancionan conductas que no se dirijan a generar el terror en la población italiana, pero que al desarrollarse en su territorio sí pueden afectar a otro Estado o a una organización internacional. Por ejemplo, el reclutamiento o adiestramiento de células terroristas en Italia para que actúen en los Estados Unidos.

Pues bien, para poder enfrentar con eficacia actos como los descritos es indispensable que el ordenamiento penal disponga de normas que impliquen un adelantamiento de la barrera protectora del Derecho penal, castigando como delitos actos que son preparatorios de aquel propiamente terrorista²². En este sentido, el artículo 270 quater penaliza los actos de enrolamiento en estructuras de carácter militar con fines terroristas, lo mismo sucede con las actividades de adiestramiento con fines terroristas, tanto respecto de quien suministra instrucciones como del que las recibe –artículo 270 quinquies– (PISTORELLI, 2005, p. 55 ss). Tales actos se sancionan aun cuando la acción terrorista propiamente tal tenga lugar en el extranjero, o incluso, aunque ésta no se realice. Disponer de normas de esta naturaleza responde a particularidades que son muy propias de las organizaciones terroristas, como es su carácter transnacional. Por tanto, se requiere de políticas de persecución que comprendan tales supuestos.

²⁰ Rosi (2002, p. 155); Narducci (2002, p. 10 ss); Reiteano (2004, p. 1.173 ss); para Villegas (2006, p. 9-10), el bien jurídico protegido en los delitos terroristas es el ordenamiento constitucional democrático.

²¹ El propio artículo 270 bis distingue entre asociaciones con finalidades terroristas y aquellas dirigidas a la subversión de orden democrático. Véase: Dolcini; Marinucci (2006, I, p. 1.949).

²² Cumpliendo de este modo con las normas provenientes de la Unión Europea: Decisión Marco 2002 - 475 - JAI Véase: <eur-lex.europa.eu-LexUriServ-LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:164:0003:0007:ES:PDF>. Acceso en: 23 mayo 2010, luego modificada por la Decisión Marco 2008 - 919 - JAI Ver <eur-lex.europa.eu-LexUriServ-LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0021:0023:ES:PDF>. Acceso en: 23 mayo 2010.

Ahora bien, para evitar los riesgos que siempre llevan consigo las normas que anticipan la intervención penal, en cuanto al debido ejercicio de las libertades fundamentales, es que estas conductas deben interpretarse a la luz del artículo 270 sexies del Código penal italiano, que precisa las conductas con finalidad de terrorismo²³. Por de pronto, destaca en el plano objetivo que los actos deben ser idóneos para causar un grave daño a un país o a una organización internacional. Es decir, debe realizarse un juicio de probabilidad –prognosis–: no es preciso que los actos hayan ya provocado un grave daño, basta que éstos puedan generarlo (VALSECCHI, 2005, p. 1.224). De haberse llevado a cabo los actos propuestos, conforme a los antecedentes reunidos, hubiesen provocado graves perjuicios. Por tanto, y a fin de respetar el principio de ofensividad, las conductas desplegadas deben ser objetivamente peligrosas. Si bien no se indica qué bienes jurídicos pueden verse afectados, a fin de precisar el presupuesto del grave daño, se ha entendido que aquéllos pueden ser de naturaleza personal, patrimonial o colectiva (VALSECCHI, 2005, p. 1.225). Lo anterior, se desprende del propio artículo 270 sexies –recogiendo a su vez disposiciones de la Unión Europea– al incluir actos que destruyan estructuras gubernativas de un Estado –ya sea el propio o uno extranjero– o de una organización internacional. Además, diversos tipos penales del Código penal italiano relativos al terrorismo se refieren a conductas que pueden atentar, ya sea a bienes personales (artículo 280), como a bienes patrimoniales y colectivos (artículo 280 bis).

De lo expuesto, ya es posible establecer ciertas conclusiones que nos permitirán precisar cuál es el bien jurídico afectado por los delitos de terrorismo. Prima facie y como ya se ha explicado, éste no puede reducirse al orden constitucional interno de los Estados. Además, hoy el terrorismo ha adquirido un carácter internacional que difícilmente puede conciliarse con una concepción más bien asociada al orden interno. Precisamente, a fin de poder disponer de elementos de juicio que permitan precisar el o los intereses tutelados, la mirada debe dirigirse hacia otra perspectiva. En este sentido, debe tenerse en consideración las finalidades subjetivas perseguidas con el acto terrorista –elemento teleológico–. Pues bien, el artículo 270 sexies ya aludido señala las siguientes alternativas: i) intimidar a la población; ii) constreñir a los poderes públicos o a una organización internacional a ejecutar o abstenerse de ejecutar un acto cualquiera; o iii) desestabilizar o destruir las estructuras

²³ “Artículo 270 sexies: “Conductas con finalidad de terrorismo. 1. Son consideradas con finalidad de terrorismo las conductas que, por su naturaleza o contexto pueden ocasionar graves daños a un país o a una organización internacional y son ejecutadas con el propósito de intimidar a la población u obligar a los poderes públicos o a una organización internacional a ejecutar o abstenerse de ejecutar cualquier acto o para desestabilizar o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas y sociales de un país o de una organización internacional. Asimismo, las otras conductas definidas como terroristas o cometidas con finalidad de terrorismo por convenciones u otras normas de derecho internacional que vinculan a Italia”.

políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional²⁴.

El juez debe siempre verificar que los actos desplegados por el o los agentes sean objetivamente idóneos para lograr algunos de los tres propósitos recién individualizados – modelo mixto subjetivo-objetivo– (PÉREZ CEPEDA, 2010, p. 56; VALSECCHI, 2004, p. 1.226). Debe acreditarse que al formar parte de estructuras organizativas que disponen de ciertos medios pueden alcanzar lo que se proponen. En consecuencia, no se sanciona por el sólo hecho de pertenecer o integrar una organización, sino porque sus comportamientos individuales conllevan un riesgo jurídico penalmente relevante, a saber, de que pueden llevarse a cabo los delitos fines de la organización (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 1.881; GROSSO, 1999, p. 140).

Especial atención merece la referencia que se hace a la tercera hipótesis: desestabilizar o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional. Se trataría pues, de un supuesto de subversión, pero ya no reducida al territorio italiano como era en el pasado, sino que ampliada a otros Estados (VIGANÒ, 2007, p. 16; VALSECCHI, 2004, p. 1.225). La duda surge respecto de Estados no democráticos, que al vivir bajo dictaduras, ha determinado la organización de grupos con el objeto de enfrentarlas. En principio, la norma italiana no dispone limitaciones, por lo que habría que entender que también se trataría de actos terroristas. Obviamente aquello exige matizaciones, pues se puede caer en el absurdo de calificar como tal cualquier forma de resistencia a gobiernos dictatoriales. Incluso calificar de terroristas a grupos que cuentan con alguna forma de reconocimiento por el Derecho internacional.

Precisamente, una de las grandes dificultades a la que se enfrenta el Derecho en general y no sólo penal, es cómo distinguir cuándo se está frente a grupos que merecen la

²⁴ Considerando lo que indica la última parte del artículo 270 sexies, debe agregarse lo que disponen las normas de Derecho internacional vinculadas a Italia. Pues bien, en este sentido el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra el financiamiento al terrorismo señala –entre otras conductas– que se está frente a una conducta terrorista cuando: “el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”, en: <<http://www.cinu.org.mx/multi/ter/documentos/Cfinancsp.pdf>>. Acceso en: 29 mayo 2010. Véase: Valsecchi (2004, p. 1.138 ss); para Viganò (2007, p. 18), la referencia a la intimidación de la población –la más representativa de la actividad terrorista– debe relacionarse con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando en su preámbulo declara que una de las aspiraciones más elevadas del hombre es vivir en un mundo libre de temor.

calificación de terroristas y cuándo no. En efecto, se pueden presentar consideraciones de orden político que empujen a un Estado a estimar como terrorista a un movimiento, en circunstancias que para otros Estados éste no es más que un grupo que lucha contra un Estado opresor. Los grupos insurgentes han existido siempre, basta considerar los movimientos independentistas. Asimismo, los llamados movimientos de liberación nacional, a los que se puede reconocer como sujetos de Derecho internacional, también generan fuertes controversias²⁵. Por ejemplo, Hamas es reconocido por algunos sectores palestinos como un movimiento político y para Israel es un organización terrorista. Hace un tiempo, el presidente venezolano Hugo Chávez planteó reconocer a las FARC la calidad de grupo insurgente, en circunstancia que para el gobierno colombiano son terroristas.

No sólo en materia de Derecho sustantivo, el Derecho italiano ha desarrollado herramientas para enfrentar una criminalidad de esta naturaleza. Es así que en sede procesal y penitenciaria se han dispuesto las llamadas medidas premiales, esto es, toda una serie de instrumentos que se aplican a quienes colaboran de manera relevante con la justicia –“pentiti”– (BERNASCONI, 1995, p. 79 ss; MUSCO, 1998, p. 35 ss). Estos han mostrado ser eficaces en la lucha contra las asociaciones mafiosas, tomando en cuenta el especial papel que aquí le cabe al “omertà”, que es una particular forma de silencio: una especie de reglas de solidaridad entre sus miembros, que torna impermeable a la asociación –para sus integrantes son más importantes las normas de la asociación que las del Estado–²⁶. Asimismo, estas medidas cumplieron una relevante función en el desmantelamiento de uno de los grupos terroristas más violentos que asolaron Italia durante los setenta y ochenta, como fueron las Brigadas Rojas. Pues bien, entre las medidas se disponen: la protección a los colaboradores, la rebaja de penas, como así también excepciones a los colaboradores para que puedan disfrutar de medidas alternativas a la pena (artículo 4 bis, 58 ter del ordenamiento penitenciario).

Es cierto que medidas de esta naturaleza pueden generar riesgos desde la perspectiva de la información que se entrega, pues con el propósito de obtener beneficios ésta puede ser tergiversada. Pero ello es un riesgo inherente a toda colaboración con la justicia, la que debe ser contrastada con otros antecedentes que obren en poder del Ministerio Público o

²⁵ Debe tenerse en cuenta que en el Derecho internacional existen normas que reconocerían a tales movimientos o grupos. Así, la propia Carta de las Naciones Unidas consagra el principio de libre determinación de los pueblos o la Convención de Ginebra cuando se refiere a los conflictos armados internos. Véase: Cassese (2006, p. 127 ss).

²⁶ El artículo 416 bis del Código Penal italiano que tipifica el delito de asociación de tipo mafioso, se refiere expresamente a la “omertà”.

del juez, en su caso. El sistema procesal cuenta con herramientas que le permiten confrontar los dichos del colaborador. Tampoco me parece razonable plantear su rechazo desde una perspectiva ética, argumentándose que se trata de una práctica deleznable en la que no puede incurrir un Estado de Derecho (VILLEGAS DÍAZ, 2006, p. 27). Por de pronto, no sólo puede decirse que las medidas premiales están muy arraigadas en la historia del Derecho penal, sino también, que las legislaciones de los Estados más democráticos contemplan medidas de esta naturaleza. Es indudable que tienen un carácter eminentemente utilitarista, pues en definitiva lo que pretende es prevenir delitos de especial gravedad “premiando” a quienes colaboran. Si la finalidad del Derecho penal es la prevención de delitos debe recurrir a instrumentos que tengan un menor costo social. Es preferible que el Estado renuncie a parte de la pena u otorgue beneficios –costo– si con ello previene futuros delitos –beneficio–. Por otra parte, no debe olvidarse que puede lograrse adicionalmente la reinserción de los arrepentidos o “pentiti”.

II.4 Bien Jurídico

No pocos problemas se presentan en este orden, pues como es natural la calificación de conductas terroristas siempre la realizará quien se ha visto afectado por ella, es decir, el Estado. En cambio, quien ejecuta los actos no los va a estimar como tales. Por el contrario, siempre hallará argumentos para justificarlos. A ello se agregaría que los actos terroristas también pueden cometerlos agentes del Estado, por tanto, surgen dificultades para calificar las medidas de defensa que el pueblo puede adoptar (Al respecto, BASSIOUNI, 2005, p. 96 ss). Ello pone de manifiesto, que el término siempre tiene una connotación negativa, ningún grupo o persona se autocalificará de terrorista. Esa es la razón de que un concepto tan ambiguo como la guerra al terrorismo tenga tal fuerza retórica.

Sin pretender entrar en disquisiciones de esta naturaleza, que se comprenden más bien en el campo político, sí puede afirmarse que el terrorismo consiste, esencialmente, en el uso estratégico e indiscriminado de la violencia, procurando alguno de los fines más arriba indicados. Por cierto, no se trata de cualquier violencia, sino aquella que causa terror en la población, bajo la incertidumbre de que cualquier persona y en cualquier momento puede ser objeto de un ataque terrorista. Se infunde terror, pues la identidad de las víctimas es irrelevante, son sólo instrumentos para intimidar (CANCIO MELIÁ, 2003, p. 404).

En este sentido, debe tenerse presente que estos actos tienen un componente simbólico que no se puede eludir (CANCIO MELIÁ, 2003, p. 41-42): la especial vulnerabilidad que tiene lugar al cuestionarse estructuras esenciales que conforman el basamento de la

identidad social, como son las formas de conveniencia y entendimiento democrático²⁷. Independiente incluso, de si hay o no víctimas. Como muy bien lo expresa Canció Meliá, la especial peligrosidad de las organizaciones terroristas, se manifiesta en que más allá de las lesiones a los bienes jurídicos individuales, tiene lugar un ataque (ideal) al Estado. Pretenden ocupar un espacio normativo, en cuanto cuestionan el poder coercitivo del Estado (CANCIO MELIÁ, 2003, p. 400).

Pues bien, considerando lo expuesto precedentemente en cuanto a que se está frente a organizaciones que conforman una especial fuente de peligrosidad y que, por tanto, se justifica anticipar la protección de los bienes jurídicos relacionados con los delitos objeto de la organización, es que no se está frente a un único bien protegido. Por el contrario, el que se sancionen etapas previas pone de manifiesto que en estos casos se está frente a delitos de peligro (CANCIO MELIÁ, 2003, p. 390), vinculados a determinados delitos de la parte especial, como pueden ser la vida, la integridad física, el patrimonio, la libertad personal (VIGANÒ, 2007, p. 17).

No cabría sostener pues que en estos casos se estaría frente a un bien jurídico único o determinado, esto es, que se configuraría la lesión a un bien jurídico colectivo²⁸. Por de pronto, surge la dificultad de determinar cuál es. ¿Puede hablarse de la seguridad pública o paz pública? O incluso, ¿de seguridad del orden mundial? En este sentido, resulta extremadamente complejo poder precisar sus entornos –por cierto muy difusos– pues en estos casos desempeñan un papel particular los sentimientos colectivos (CANCIO MELIÁ, 2003, p. 394) –las llamadas sensaciones de inseguridad–, tan manipulable a los vaivenes políticos y a los medios de comunicación (SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 37 ss; BRANDARIZ GARCÍA, 2007, p. 65 ss; ALBRECHT, 2000, p. 480-481; GARAPON, 1997, p. 110-111). Además, argumentos de esta naturaleza pueden dar “carta blanca” a los Estados más poderosos para justificar sus actuaciones.

II.5 Consideraciones Finales del Topico

No es exagerado sostener que enfrentamos desafíos particularmente complejos. Y es que, por un lado, no estamos dispuestos como sociedad a renunciar a siglos de trabajo dirigidos a construir nuestro patrimonio garantístico. Pero, tampoco podemos olvidar que

²⁷ Sobre lo que debe entenderse por identidad en este contexto, véase: Paredes Castañón (2010, p. 201 ss).

²⁸ Al respecto, Rosi (2002, p. 157), tomando en cuenta el carácter transnacional de este tipo de organizaciones, representan un peligro para la comunidad mundial.

los peligros que representa el terrorismo de carácter global pueden alterar, quizás para siempre, nuestras formas de convivencia. Lamentablemente, tendremos que coexistir con este fenómeno, por lo que debemos buscar las mejores herramientas para enfrentarlo, sin caer desde luego en su juego, como sería actuar al margen de toda regla; es decir, la lógica de la guerra.

Al menos existe el consenso que estos desafíos los podemos enfrentar con las armas del Derecho penal y que éstas pueden ser eficaces. La cuestión es cómo lograr el debido equilibrio a través de la flexibilización de determinadas reglas, sin que, por otro lado, ello suponga exacerbar las medidas preventivas de orden policial o en propuestas puramente asegurativas –así, favorecer jurisdicciones militares–.

La tarea no es sencilla pero es irrenunciable. Como la planteó Lord Hoffman en la Cámara de los Lores cuando se discutió la ley antiterrorista británica en 2001:

I said that the power of detention is at present confined to foreigners and I would not like to give the impression that all that was necessary was to extend the power to United Kingdom citizens as well. In my opinion, such a power in any form is not compatible with our constitution. The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory²⁹.

III LA TORTURA A SOSPECHOSOS POR AGENTES ESTATALES PARA SALVAR LA VIDA DE INOCENTES

III.1 Exposición del Tema

El segundo punto a tratar es, por cierto, de particular complejidad y motivo de numerosas discusiones. Para graficar el problema, recurriré nuevamente al caso citado al inicio de este trabajo: se dio aviso de que está por estallar otra bomba nuclear en California. Los agentes federales torturan a sospechosos para saber dónde se encuentra. El tiempo apremia y se corre el riesgo de que mueran otras 12.000 personas o quizás más.

²⁹ En: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth/6.htm>>. Acceso en: 25 mayo 2010.

En lo inmediato, respecto de los agentes federales puede presentarse una colisión de deberes. Por una parte, tienen un deber de actuar ¿bajo que reglas actúan? Por otro lado, tienen un deber de no torturar. Pues bien, qué sucedería si efectivamente tiene lugar la explosión de la bomba, por la cual mueren muchas personas, sin haber ejercido ningún apremio ilegítimo. O, en su caso, sí torturaron a los sospechosos, pero la bomba nunca se detonó.

Por cierto, no se trata de un problema reciente, pues en Israel se viene discutiendo desde hace bastante tiempo –asos de las “ticking time bombs”–³⁰, ni tampoco estamos frente a hechos o situaciones respecto de las cuales la doctrina penal no se haya cuestionado, como son los conflictos que se presentan entre el deber de proteger la dignidad del autor y el de la víctima –por ejemplo, apremiar ilegítimamente al secuestrador para saber dónde está la persona (caso “Daschner” en Alemania³¹), o los cuestionamientos que surgen cuando las pruebas se han obtenido ilícitamente, pero demuestran la efectiva comisión del delito–. En definitiva, conflictos que surgen por los límites que se le impone al Estado en la persecución del delito.

Si bien las sociedades democráticas rechazan la práctica de la tortura, y se descarta como práctica estatal respecto de los detenidos, sí han surgido voces que proponen su justificación bajo ciertas circunstancias. Es decir, manteniendo como regla general su prohibición, existirían contextos en que debe justificarse³².

³⁰ Al respecto, el Informe de la Comisión Landau de 1987 permitía bajo particulares circunstancias ciertas presiones físicas en los interrogatorios a terroristas peligrosos que representaban una grave amenaza para el Estado de Israel y para sus ciudadanos. Tales circunstancias apuntaban a obtener información de quien se suponía implicado personalmente en graves actividades terroristas para evitar un homicidio inminente. También a los casos en que el detenido estaba en posesión de una información decisiva sobre una organización terrorista y que no podía obtenerse de ninguna otra fuente. Ver, Landau (1989, p. 146 ss); ver también <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf=?CAT.C.33.Add.2.Rev.1.Sp?OpenDocument>>. Acceso en: 25 mayo 2010. Sin embargo, cabe destacar que el Tribunal Supremo israelí en sentencia de 6 de septiembre de 1999 estimó que tales prácticas atentaban contra la dignidad humana. Sobre esta sentencia: Supreme Court of Israel, Judgment Concerning the Legality of the General Security Service's Interrogation Methods (September 6, 1999), en: Levinson (2004, p. 165 ss); véanse: Ambos (2008, p. 264); Molina Fernández (2005, p. 271-274). Para un análisis comparado entre la legislación alemana, israelí y paquistaní sobre la tortura: Weilert (2009).

³¹ Roxin (2004, p. 23 ss); Ambos (2008, p. 262 ss). Cabe destacar, que con fecha 1 de junio de 2010, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que en este caso se violó el artículo 3 de la Convención europea de derechos humanos que prohíbe la tortura. En efecto, Magnus Gäfgen –el secuestrador– al ser interrogado por la policía fue objeto de torturas prohibidas por el citado artículo 3. Sentencia “case of Gäfgen v. Germany”, n. 22978-05.

³² Dershowitz (2003, p. 135 ss), aunque en un principio era más bien partidario de dar una disculpa, como se aprecia en: Dershowitz (1989, p. 192 ss).

En el pasado, la confesión del imputado tenía extrema importancia pues la búsqueda de la verdad histórica –principalmente en los orígenes del sistema inquisitivo– no sólo tenía como propósito la reconstrucción de hechos que se hallaban ocultos porque así lo quería el autor –obviamente no se reconocía la presunción de inocencia–, sino que además, se identificaba el delito con el pecado. No sólo interesaba determinar la ocurrencia de un hecho, sino también el pensamiento, la intimidad del sujeto. Era el inquisidor quien poseía la verdad, por tanto debían descorrerse los velos que la ocultaban, incluso a través de la tortura. Por tal razón la tortura adquirió tanta relevancia, pues era indispensable para lograr la confesión y así extraer la verdad. Por ello tuvo una minuciosa regulación – también como garantía para el imputado a fin de impedir apremios innecesarios–, para así lograr que la confesión estuviera dotada de la necesaria calidad que permitiera reconstruir la verdad histórica³³.

Justamente, los acontecimientos del 11 de septiembre han generado importantes discusiones en este ámbito. Como se expuso precedentemente, en el pasado la tortura era una práctica regulada y aceptada, hoy no lo es, como lo ponen en evidencia diversas convenciones internacionales.

Puede decirse que existe una posición muy mayoritaria –por parte de la doctrina, no así de la opinión pública³⁴– que se decanta por prohibir la tortura y no admitir margen alguno de justificación. Sin embargo, la cuestión por resolver es si correspondería valorar el problema también en sede de culpabilidad, esto es, si cabe o no la configuración de una exculpación.

III.2 Disposiciones Sobre la Tortura y qué se Entiende por tal

Las normas que prohíben la tortura no sólo se encuentran en los Códigos penales y procesales penales, sino también en las constituciones y en convenciones internacionales. En el caso chileno, los artículo 150 A y 150 B del Código Penal se refieren a la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos físicos o mentales a personas privadas de libertad, ya

³³ Roxin (2003, p. 558); Foucault (2002, p. 43-44); Ferrajoli (1995, p. 565), señala que tratándose de los procesos por crímenes de lesa majestad y los procesos eclesiásticos por los delitos de herejía y brujería, las torturas adquirieron mayor fuerza y dureza. Lo anterior pues el ofendido era Dios y por ello la acusación, obligatoria y pública, suponía una investigación de la verdad que no admitía incertidumbre, por tanto la colaboración del acusado debía ser forzosa.

³⁴ En el caso “Daschner” buena parte de la opinión pública era del parecer que la práctica de la policía se encontraba totalmente justificada; es decir, la tortura o la amenaza de ésta al secuestrador debía ser permitida sin con ello podía salvarse la vida del menor encerrado. Véase: Molina Fernández (2005, p. 278).

sea que lo practiquen funcionarios públicos o particulares. Por su parte, el Código Procesal Penal señala en el artículo 93 letra H, dentro de los derechos del imputado, que éste no puede ser “sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”; el artículo 195 dispone la prohibición de la tortura como “método de interrogación o de investigación”. Por su parte, la Constitución de la República, en su artículo 1 afirma que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y el artículo 19, dentro de las garantías de la persona, “prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”.

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 2 dispone lo siguiente:

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.
2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.
3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Como es de esperar otras legislaciones siguen el mismo derrotero. En el caso europeo, la Convención europea de derechos humanos de 1950, en su artículo 3 expresa que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. En el ordenamiento alemán, el artículo 1° de la Ley fundamental señala que la “‘dignidad humana es inviolable’ y el artículo 104 de la misma, apunta a que ‘las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente’”. El § 343 del Código Penal tudesco, al referirse a la obtención de declaración en un proceso, se prohíbe que se “maltrate a otro físicamente o de otra manera utilice contra él violencia, le amenace con violencia, o le atormente psíquicamente”. Por último, la ley procesal penal del mismo país, en el § 136 a se refiere a la prohibición de determinados métodos para examinar al inculpado. España sigue una línea similar, pues su Constitución, en el artículo 15 prohíbe que una persona pueda ser “sometida a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Su Código Penal, en el título 7.º (artículo 173 ss) tipifica como delito “la tortura y otros delitos contra la integridad moral”. Por último, Italia también en su carta fundamental expresa claramente la prohibición de actos de “violencia física y moral sobre personas privadas de libertad.” (artículo 13.4). El Código procesal penal de la nación itálica, en el artículo

188, también se afirma la “prohibición de métodos o técnicas que puedan afectar la libertad de autodeterminación o alterar la capacidad de recordar y valorar los hechos.”. En todo caso, resulta curioso que en el Código criminal italiano no existan delitos expresos en esta materia, aplicándose los delitos comunes –lesiones, coacciones– agravados por la calidad de funcionario público. Lo expuesto ha generado una importante crítica de la doctrina, pues la inadecuada incriminación de la tortura supone un evidente incumplimiento de obligaciones internacionales (Al respecto, COLELLA, 2009, p. 1801 ss).

Teniendo en consideración que no se presentan mayores reparos en disponer la prohibición de la tortura, la cuestión es precisar qué entendemos por ella.

El artículo 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas señala:

Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Por su parte, el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada el 9 de diciembre de 1985 por la Organización de los Estados Americanos dispone:

Se entenderá por tortura todo acto realizado internacionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Lo execrable de la tortura es que pone de manifiesto que la persona ya no es apreciada como sujeto de Derecho, sino, por el contrario, es considerado un objeto a merced de la fuerza estatal. Ya no tiene voluntad que expresar y por tanto, puede ser sometido a daños físicos y psíquicos –lo que incluye la amenaza de tortura, discutida en el caso “Daschner”–. En definitiva, se suprime todo atisbo de dignidad. Precisamente, la legitimidad en la actuación punitiva del Estado descansa en que considera al imputado –o siguiendo los mismos términos aquí empleados, al sospechoso–, un sujeto con voluntad y por tanto, lo considera como persona y no como mero instrumento³⁵.

III.3 ¿Es Posible su Justificación?

Apreciado desde esta perspectiva, la respuesta puede ser una sola: no cabe bajo ninguna circunstancia su justificación. No obstante, hay quienes sostienen que en determinados casos –como el terrorismo– sí puede plantearse justificar la tortura, sobre la base de que el Estado no puede permanecer indiferente frente al acto agresivo y por tanto, debe ir a favor de las víctimas; es decir, frente a intereses contrapuestos, dignidad del sospechoso –quien ha creado el peligro– y dignidad de las víctimas, debe optarse por esta última. El infligir torturas en caso de conductas terroristas representaría un mal menor frente al mal mayor, como es la muerte de miles de personas y el miedo generalizado que ello provoca. En definitiva, el Estado no puede atarse de manos y aceptar ciertas reglas que llevarían al suicidio³⁶.

En esta línea Dershowitz señala:

I am against torture as a normative matter, and I would like to see its use minimized. I believe that at least moderate forms of non lethal tortured are in fact being used in the United States and some of its allies today. I think that if we ever confronted an actual case of imminent mass terrorism that could be prevented by the infliction of torture, we would use torture (even lethal torture) and public would be its use. I speak about this subject, I ask my audience for a show of hands on the empirical question “How many of you think that nonlethal torture would be used if we were ever confronted with a

³⁵ Parry (2004, p. 153); Hilgendorf (2004, p. 337); Greco (2007, p. 13-14); disponible en: <www.indret.com>. Acceso en: 27 mayo 2010. Sobre lo acontecido en Chile bajo el gobierno de Pinochet, Matus Acuña, 2005, p. 1 ss (disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>. Acceso en: 27 mayo 2010.

³⁶ Al respecto: Götz (2005, p. 953 ss); Levinson (2003, p. 243 ss), sosteniendo la necesidad de cruzar el Rubicón que representa la moral particular sobre el tema. Téngase presente el memorandum preparado por el fiscal general Alberto Gonzales para el gobierno de G. Bush, dirigido a justificar la tortura a sospechosos de terrorismo, Bybee; Gonzales (2006, p. 317 ss).

ticking bomb terrorist case?” Almost no one dissent from the view that torture would in fact be used, though there is widespread disagreement about whether it should be used. That is also my empirical conclusion. It is either true or false, and time will probably tell. I then present my conditional normative position, which is the central point of my chapter on torture (DERSHOWITZ, 2004, p. 266).

Frente a lo expuesto, no cabe esgrimir tal ponderación de intereses. Es cierto, que si se observa desde una perspectiva, podríamos llamarla cuantitativa –esiones al torturado versus vida de miles de personas– podría parecer razonable argumentar a favor de la justificación (MOLINA FERNÁNDEZ, 2005, p. 279). Sin embargo, lo que debe ponerse en la balanza es lo que representa la tortura como práctica estatal frente a la dignidad de la persona. Y es que valorándolo de esa perspectiva la tortura al sospechoso representaría el mal mayor. Al respecto, debe tenerse presente lo dispuesto en las convenciones contra la tortura antes citadas, las que son bastante claras en prohibirla, y que se ponen además en el contexto que aquí se examina, a saber, situaciones de guerra, amenazas de guerra o inestabilidades políticas. Es de sentido común pensar que quienes elaboraron estos instrumentos sí tenían en mente situaciones extremas –el riesgo de las bombas nucleares se conocía–. Detrás de todas estas normas, que también se expresan en los ordenamientos nacionales, se quiere dejar muy claro cuál es el límite del Estado: la dignidad humana es inviolable.

Como bien lo pone en evidencia Roxin (2003, p. 29):

Ciertamente se puede decir que el secuestrador ha vulnerado la dignidad humana de la víctima, al igual que hacen muchos delincuentes. Pero esto no legitima al Estado para atacar por su parte la dignidad humana del autor porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste. Si al Estado le está prohibida toda vulneración de la dignidad humana y con ello también la tortura, entonces, lógicamente, no puede existir por su parte una vulneración de la dignidad humana en la omisión de medidas de tortura. Bien es verdad que el Estado está obligado a proteger la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos en la medida de lo posible. Pero sólo en la medida de lo posible: la protección puede ser otorgada siempre sólo dentro de los límites establecidos a la actuación del Estado de Derecho. Entre estos límites se encuentra en primer lugar la prohibición de torturar³⁷.

³⁷ Molina Fernández (2005, p. 281) señala además que la justificación de la tortura ofrece una valiosa oportunidad, precisamente, a quienes ataca. Los casos de Guantánamo y Abu Grahیب no sólo no han ayudado a combatir el terrorismo, sino que además ha desprestigiado el accionar de quienes luchan en su contra.

Justificar la tortura, aún en casos excepcionales, llevaría a sostener que se trata de una actividad socialmente aceptada. Por tanto, concluir que bajo ciertos eventos se puede conculcar, violar la dignidad de una persona (AMBOS, 2008, p. 284). Como ya se señaló, la tortura anula toda forma de expresión del sujeto, que es donde descansa, precisamente, la legitimidad de la actuación estatal. Al afirmar que en algunos casos se justifica la tortura, se está señalando que para ese caso la voluntad del sujeto no tiene valor alguno, se lo cosifica (GRECO, 2007, p. 15).

Es más, de justificarse la tortura se estaría frente a un nuevo paradigma, y es que el peligro ya no provendría del poder omnipresente del Estado –y que ha dado lugar a toda una construcción garantística– sino de las conductas que pueden desplegar los particulares (GRECO, 2007, p. 20). Ya no debe observarse al Estado con desconfianza, por el contrario las amenazas provendrían de determinadas agrupaciones criminales. Por tanto, es preciso dotar al Estado de herramientas –como sería justificar la tortura en determinadas circunstancias– para enfrentar los peligros que pueden generar los particulares. En definitiva, el nuevo paradigma apuntaría a que se estaría frente a un Estado bueno hacia sus ciudadanos del que nada se debe temer. No cabe duda que se abre una puerta peligrosa.

III.4 ¿Cabe la Exculpación?

Habiendo llegado a la conclusión de que bajo ninguna circunstancia se puede justificar; es decir, siempre la tortura estará prohibida, cabe preguntarse a continuación, ¿se puede exculpar?

Creo que en estos casos y bajo circunstancias muy estrictas sí puede plantearse la configuración de un supuesto de exclusión de la culpabilidad (ROXIN, 2003, p. 31-33; AMBOS, 2008, p. 285-286; ROBINSON, 1989, p. 191). Estimarlos desde esta perspectiva deja muy claro y sin lugar a dudas que la tortura será siempre una conducta ilícita; es decir, es un acto injusto. Empero, concurriendo determinados supuestos sí podría disculparse. Ahora bien y suscribiendo las palabras de Ambos –quien también participa de esta posición–, para evitar malentendidos es necesario considerar que se está frente a agentes estatales que tienen perfecto conocimiento de que se está frente a actos prohibidos y que corren el riesgo de ser sancionados (AMBOS, 200-208, p. 286). Por tanto, se está frente a ciertos eventos que deben considerarse caso a caso. En este sentido, debe valorarse cuán inminente es el riesgo a enfrentar y excepcional el caso para los agentes estatales, que los “determinó” a torturar. Si para los agentes, conforme a su valoración de los hechos, era el único medio para poder evitar las consecuencias lesivas –en este caso,

la explosión de la bomba–, podría exculparse. En este sentido, tampoco puede descartarse en el obrar del agente el natural instinto de autoconservación –él e incluso su familia también morirán–. Por el contrario, si el agente sabía que podía disponer de otros medios, no corresponde exculpar.

Para este mismo contexto, Roxin sostiene que puede plantearse una exculpación supralegal, respecto de quien en casos particularmente extremos ha torturado, pues “puede resultar absurdo el castigo del que salva infringiendo la prohibición.” (ROXIN, 2003, p. 32). Para ello, recurre a los argumentos expuestos para los casos de estado de necesidad supralegal tratándose de las llamadas comunidades de peligro (ROXIN, 1997, I, p. 961 ss). Por ejemplo, un avión de caza derriba a un avión de pasajeros que se dirige a un edificio – como parece haber sucedido con uno de los aviones el 11 de septiembre de 2001–. Se salvan quienes ocupan el edificio, pero mueren los pasajeros del avión³⁸. En ambos casos, se vulneraría una prohibición –no torturar y no matar–, pero por otro lado, actúan bajo el convencimiento que es el único y muy excepcional camino que les permitiría salvar vidas. Si bien es cierto –afirma Roxin– la ley debe ser clara, precisa e inflexible en cuanto a la prohibición de la tortura, tampoco la justicia puede tener un “corazón de piedra” y en estos casos puede ser indulgente (ROXIN, 1997, p. 33).

Ahora bien, ¿qué sucede si luego la bomba no explota? o se aprecia que sí existían otros medios para lograr el objetivo propuesto sin tener que recurrir a la tortura, o bien, no se trataba del sospechoso. Obviamente son todas circunstancias que se conocen posteriormente –consideraciones ex post–. Es decir, al momento de actuar el agente estatal lo hace motivado por determinadas circunstancias concomitantes que lo compelen en una dirección. La pregunta es: ¿el error en la apreciación es o no relevante? Si estas situaciones de anormalidad motivacional pueden siempre excluir la culpabilidad, o aún estando presente, permitirían el castigo pero con un pena menor.

Según Roxin en estos casos de suposición errónea sobre los presupuestos objetivos o materiales de exclusión supralegal de responsabilidad han de ser tratados por analogía

³⁸ Politoff (2004, p. 531) sostiene que en estos casos se está frente a un estado de necesidad exculpante. Cabe destacar que la “Ley de seguridad aérea” alemana (Luftsicherheitsgesetz), de enero de 2005, contemplaba en el párrafo 14.3 la posibilidad de recurrir a las fuerzas armadas para derribar un avión dirigido a atentar contra vidas humanas. Se autorizaba tal medida si era el único medio para salvar dichas vidas. Es del caso, que el Tribunal Constitucional alemán, en sentencia de 15 de febrero de 2006, declaró inconstitucional tal autorización por considerarla contraria a la dignidad humana y al derecho a la vida, en el entendido que el Estado no puede ordenar matar a personas inocentes. Ver la sentencia en: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html>. Acceso en: 28 mayo 2010.

con el § 35 II del Código penal alemán (ROXIN, 1997, p. 962); esto es, si el error pudo evitarse se le castigará con una pena atenuada. Es decir, el tratamiento de un error de prohibición³⁹.

Creo que en estos casos si el error ha determinado al sujeto y es de tal magnitud que afecta seriamente las condiciones motivacionales no cabe más que excluir la responsabilidad penal⁴⁰. Al respecto, debe tenerse presente que esta esfera lo que afirma la culpabilidad, y en su caso la exculpación, son cuestiones eminentemente personales – queda clara y sin cuestionamientos la ilicitud del hecho–. El sujeto actúa voluntariamente, sabe que se trata de un acto prohibido –más aún en estos casos, ya que se trata de agentes estatales–, pero, precisamente, son ciertas circunstancias concomitantes de tal significación que han erosionado la motivación del sujeto frente a la norma, independientemente que sean o no ciertas tales circunstancias. El Derecho no desconoce aquello y por tal razón no le exige que actúe conforme a la norma prohibitiva.

De lo expuesto puede apreciarse que todas son consideraciones de orden fáctico, es decir, el agente no yerra sobre el derecho, pues conoce el significado jurídico de su actuar –dada su calidad de agente del Estado sabe que es un comportamiento prohibido–. Empero, sí puede argumentarse una valoración errónea de cuestiones fácticas. Por tanto, no puede plantearse, según se señaló supra, como un caso propiamente de error de prohibición. En cambio, sí podría discutirse aplicar las mismas argumentaciones que respecto de una justificación putativa, esto es, la teoría moderada de la culpabilidad. El agente de haber sido más cuidadoso en su obrar habría podido interpretar de mejor forma las circunstancias concomitantes y con ello haber evitado la aplicación de la tortura. En consecuencia, castigar culposamente aquellos casos de error evitable⁴¹.

No puede desconocerse que estos son temas particularmente difíciles de abordar y muy sensibles, sobre todo en países como los nuestros, donde el tema de la tortura forma parte del pasado más oscuro. No obstante, no puede eludirse, pues hoy han adquirido especial actualidad.

³⁹ De la misma opinión, Cury Urzúa (2005, p. 452-453).

⁴⁰ En este sentido, Mir Puig (2004, p. 369).

⁴¹ “Puede suponerse, con todo, que el miedo haya sido insuperable, atendida la representación de los hechos por el sujeto, pero evitable. Es decir, si éste hubiera podido, en obediencia a un deber de cuidado, reaccionar menos precipitadamente, es concebible –ya que se trata de un error fáctico– que se optara por una solución análoga a la que proponíamos para la justificación putativa: reconocer que ‘al error imprudente del hechor siga el castigo por el correspondiente hecho culposo’. Mutatis mutandi, una solución análoga habría de darse al caso en que la fuerza que compele al autor fuese imaginaria, como el que actúa bajo el poder de un engaño intimidatorio.” (POLITOFF; MATUS ACUÑA; RAMÍREZ, 2004, p. 348-349).

BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho penal en la intervención de la política populista. En: **La insostenible situación del derecho penal**: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt: área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Traducción de Ricardo Robles Palmas. Granada: Comares, 2000.

ALBRECHT, Peter-Alexis. Krieg gegen den terror: konsequenzen für ein rechtstaatliches strafrecht. En: **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 117, n. 4, p. 852-864, 2005.

AMBOS, Kai. May a state torture suspects to save the life of innocents? En: **Journal of International Criminal Justice**, n. 6, 2008.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs derecho penal del ciudadano: el derecho penal de emergencia en Colombia: entre la paz y la guerra. En: **Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte**. Santiago: Edificiones Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, año 8, 2001.

ARNOLD, Roberta. **The ICC as a new instrument for repressing terrorism**. Ardsley (NY): Transnational, 2004.

BASSIOUNI, Cherif M. Strumenti giuridici per il contrasto del terrorismo internazionale: un'analisi di carattere politico. En: BASSIOUNI, Cherif M. (Ed.). **La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo**. Milano: Giuffrè, 2005.

BAUCCIO, Luca. **L'accertamento del fatto reato di terrorismo Internazionale: aspetti teorici e pratici**. Milano: Giuffrè, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Torino: Giulio Einaudi, 1981.

BERGALLI, Roberto. Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía. En: LOSANO, Mario; MUÑOZ CONDE, Francisco. **El derecho ante la globalización y el terrorismo**: Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BERNASCONI, Alessandro. **La collaborazione processuale**: incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense. Milano: Giuffrè, 1995.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007.

BYBEE; Jay S.; GONZALES, Alberto. Standard of conduct for interrogation (memorandum). En: GREENBERG, Karen (Ed.). **The torture debate in America**. New York: Cambridge Press, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. En: **Revista de Derecho Penal Contemporáneo**, Bogotá (Colombia), n. 3, p. 37-43, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Sentido y límites de los delitos de terrorismo. Eb: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). **Terrorismo y estado de derecho**. Madrid: Iustel, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coordinadores). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires-Montevideo: Edisofer/B de F, 2006.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. Perfiles de autor del terrorismo islamista en Europa. En: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada (España), Ed. Universidad de Granada, año 11, n. 7, 2009.

CARELLA, Gabriella. Nominalismo e lotta al terrorismo internazionale: il caso delle extraordinary renditions. En: VENTURINI, Gabriella; BARIATTI, Stefania (Ed.). **Diritti individuali e giustizia Internazionale**: Liber Fausto Pocar. Milano: Giuffrè, 2009.

CARNEVALI, Raúl. Derecho penal como ultima ratio: hacia una política criminal racional. En: CARNEVALI, Raúl. **Problemas de política criminal y otros estudios**. Santiago: LegalPublishing, 2009.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**: parte general. Traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1985.

CASSESE, Antonio. **Diritto Internazionale**. Bologna: Il Mulino, 2006.

COLELLA, Angela. C'è un giudice a Strasburgo. En: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 52, n. 4, p. 1.801-1.843, ott.-dic., 2009.

CURY URZÚA, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 7. Edición. Santiago: Ed. Universidad Católica de Chile, 2005.

DERSHOWITZ, Alan. Is it necessary to apply 'physical pressure' to terrorists: and to lie about it? En: **Israel Law Review**, Jerusalem, v. 23, n. 2-3, p. 193-200, 1989.

DERSHOWITZ, Alan. **Terrorismo**. Roma: Carocci, 2003.

DERSHOWITZ, Alan. Torture reasoning. En: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Torture**. New York: Oxford University Press, 2004.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio (Ed.). **Codice penale commentato**. 2. edición. Milano: Ipsoa, 2006.

DOUGLAS, Roger. Proscribing terrorist organizations: legislation and practice in five english-speaking. En: **Criminal Law Journal**, Australia, v. 32, 2008.

ETCHEBERRY, Alfredo. **Derecho penal**. 3. Edición. Santiago (Chile): Jurídica de Chile, 1998.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo José. El derecho penal del enemigo y el estado democrático de derecho. En: **Revista de Derecho Penal Contemporáneo**, Bogotá (Colombia), n. 16, p. 131-186, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 4. Edición. Bologna: Zanichelli, 2004.

FORNASARI, Gabriele (Ed.). **Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata**: nella prospettiva di diritto comparato. Padova: Cedam, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar**. Traducción de Aureliano Garzón. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

GARAPON, Antoine. **Juez y democracia**. Traducción de Manuel Escrivá. Barcelona: Flor del Viento, 1997.

GÖTZ, Heinrich. Das urteil gegen daschner im lichte der werteordnung des grundgesetzes. En: **Neue Juristische Wochenschrift**, Frankfurt (Alemania), v. 58, n. 15, p. 953-956, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. **El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”**. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2005.

GRECO, Luis. Las reglas detrás de la excepción: reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las “ticking time bombs”. Traducción de Eduardo Riggi. En: **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona (España), Ed. Ministerio de Educación y Ciencia, n. 4, 2007. (Edición en catalão).

GROSSO, Carlo Federico. Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale. En: MOCCIA, Sergio (Ed.). **Criminalità organizzata e risposte ordinamentali** Napoli: Scientifiche Italiane, 1999.

HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HILGENDORF, Eric. Folter im Rechtsstaat? En: **Juristenzeitung**, München (Deutsche), band. 59, n. 7, s. 331-339, 2004.

HIRSCH, Hans Joachim. Problemas actuales de la legislación penal propia de un estado de derecho. Traducción de José Luis Guzmán. En: FIGUEREDO DIAS, Jorge de; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (Dir.). **El penalista liberal**: homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatán**. Traducción de Antonio Escahotado. Madrid: Nacional, 1979.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Traducción de Enrique Peñaranda. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. En: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coordinador de la versión alemana); MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinador de la versión española). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Traducción de Teresa Manso. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Un comentario a la anunciada acción penal internacional. En: **Revista de Ciencias Penales**, Santiago, año 10, n. 12, p. 335-336, 1944.

KANT, Emmanuel. **Sobre la paz perpetua**. Traducción de Joaquín Abellán. 7. edición. Madrid: Tecnos, 2005.

LANDAU COMMISSION. Commission of Inquiry into Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity. En: **Israel Law Review**, Jerusalem, v. 23, n. 2-3, p. 146-188, 1989.

LEVINSON, Sanford. 'Precommitment' and 'Postcommitment': the ban on torture in the wake of september 11. En: **Texas Law Review**, Austin (Texas – USA), Ed. University of Texas School of Law, v. 81, n. 7, jun. 2003.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**. v. I. Traducción de Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1948.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad. Traducción de Raúl Carnevali. En: **Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte**. Santiago: Ediciones Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, año 8, 2001.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. El informe valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar. En: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada (Espanha), Ed. Universidad de Granada, ano 7, n. 7, p. 1-49, 2005.

MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letizia; ARNOLD, Jörg (Ed.). **Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale**: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna. Freiburg: Iuscrim/Max Planck, 2000.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7. edición. Barcelona: Reppertor, 2004.

MOCCIA, Sergio (Ed.). **Criminalità organizzata e risposte ordinamentali**. Napoli: Scientifiche Italiane, 1999.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. La ponderación de intereses en situación de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura? En: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). **La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos**. Madrid: Dykinson, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal. En: **Revista Penal**, Barcelona (España), n. 5, p. 44-51, 2000.

MUSCO, Enzo. Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas. Traducción de Virginia Sánchez. En: **Revista Penal**, Barcelona (España), n. 2, p. 35-47, jul. 1998.

NARDUCCI, Giuseppe. Nella differenza tra atti terroristici ed eversivi i confini del “nuovo” reato. En: **Diritto e Giustizia**, Milano (Italia), n. 3, p. 10s, 2002.

PARANO, Carola; CENTONZE, Alessandro (Ed.). **L’attività di contrasto alla criminalità organizzata**. Milano: Giuffrè, 2005.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El 'terrorista' ante el derecho penal: por una política criminal intercultural. En: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). **Terrorismo y estado de derecho**. Madrid: Iustel, 2010.

PARRY, John T. Escalation and necessity: defining torture at home and abroad. En: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Torture**. New York: Oxford University Press, 2004.

PATALANO, Vincenzo (Ed.). **Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale**. Torino: Giappichelli, 2003.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Definición del delito de terrorismo como un delito internacional. En: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). **Terrorismo y estado de derecho**. Madrid: Iustel, 2010.

PICCHIO FORLATI, Maria Laura (Ed.). **Controllo degli armamenti e lotta al terrorismo tra Nazione Unite, Nato e Unione Europea**. Padova: Cedam, 2007.

PISTORELLI, Luca. Convertito in legge il pacchetto antiterrorismo: sanzionato l'addestramento di nuove leve: punito anche il solo arruolamento. En: **Guida al diritto**, Roma (Italia), n. 33, p. 55, 2005.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Obediencia y delito en contextos cambiantes. En: FIGUEREDO DIAS, Jorge de; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (Dir.). **El penalista liberal: homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. **Lecciones de derecho penal chileno: parte general**. 2. edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Adonde va el derecho penal: reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles**. Madrid (España): Civitas, 2004.

REITEANO, Simona. Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento. En: **L'Indice Penale: Rivista giuridica e criminológica**, volume: 7, fascicolo 3, pagina inizio: 1.173, pagina fine: 1.232, 2004.

ROBINSON, Paul H. Letter to the editor. En: **Israel Law Review**, Philadelphia (PA), Ed. University of Pennsylvania Law School, v. 23, n. 2-3, p. 189, 1989.

ROSI, Elisabetta. Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione: profili di diritto penale sostanziale. En: **Diritto Penale e Processo**, Lecce (Italia), v. 8. Fasc. 3, p. 150-163, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Traducción de Diego Luzón e Miguel Díaz y García e Javier de Vicente. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Traducción de Gabriela Córdoba Gabriela e Daniel Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. Traducción de la 25.^a edición alemana.

ROXIN, Claus. **¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?** Traducción de Gómez Navajas. En: **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid (España), Ed. Edersa, n. 83, p. 22-36, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Eficiencia y derecho penal. En: **Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales**, Madrid (España), Tomo 49, Fasc./Mes 1, p. 93-128, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La “intervención a través de organización” ¿una forma moderna de participación en el delito? En: DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico (Ed.). **Studi in onore di Giorgio Marinucci**. v. II. Milano: Giuffrè, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. edición. Madrid (España): Civitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Los principios inspiradores de las propuestas de un derecho penal europeo: una aproximación crítica. En: **Revista Penal**, Madrid (España), Ed. La Ley, n. 13, p. 138-150, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal. En: **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid (España), 2.^a época, n. 9, p. 83-101, 2002.

SOTTIAUX, Stefan. **Terrorism and the limitation of rights: the ECHR and US constitution**. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2008.

SUPREME COURT OF ISRAEL. Judgment Concerning the Legality of the General Security Service's Interrogation Methods. September 6, 1999. En: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Torture**. New York: Oxford University Press, 2004.

SUSAN, Herman N.; FINKELMAN, Paul (Ed.). **Terrorism, government, and law: national authority and local autonomy in the war on terror**. Westport, Connecticut: Praeger Security International, 2008.

VALSECCHI, Alfio. Il problema della definizione di terrorismo. En: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano (Italia), Anno XLVII, Fasc. 4, p. 1.138 ss, Ottobre-Dicembre, 2004.

VALSECCHI, Alfio. Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale: brevi osservazioni di diritto penale sostanziale. En: **Diritto Penale e Processo**, Lecce (Italia), n. 10, p. 1.222 ss, 2005.

VERVAELE, John A. La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges? En: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano (Italia), anno 57, Fasc. 1, p. 32-66, 2005.

VIGANÒ, Francesco. La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del derecho penal: la experiencia italiana. Traducción de Fernando Londoño. En: **Revista Política Criminal**, Santiago (Chile), n. 3, A3, p. 1-27, 2007.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de código penal. En: **Revista Política Criminal**, Santiago (Chile), n. 2, A3, p. 8, 2006.

WEILERT, Anja Katarina. **Grundlagen und grenzen des folterverbotes in verschiedenen rechtskreisen**: eine analyse anhand der deutschen, israelischen und pakistanischen rechtsvorschriften vor dem hintergrund des jeweiligen historisch-kulturell bedingten verständnisses der menschenwürde. Berlin: Springer, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Madrid (España): Dykinson, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Il crimine organizzato: una categoria fallita. En: MOCCIA, Sergio (Ed.). **Criminalità organizzata e risposte ordinamentali**. Napoli (Itália): Scientifiche Italiane, 1999.

Submissão em: julho de 2010

Pareceres favoráveis em: outubro de 2010

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para [<eltondx@hotmail.com>](mailto:eltondx@hotmail.com) ou [<eltondx@uol.com.br>](mailto:eltondx@uol.com.br), em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados, sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpi. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração seqüencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre-linhas de 1,5 linha. Artigos e entrevistas deverão ter, no máximo, 15 páginas, incluindo imagens e referências. Resenhas deverão ter, no máximo, 5 páginas.
- 7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:
 - 7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;
 - 7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre-linhas simples;
 - 7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente o resumo em Português e Inglês.
 - 7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do abstract e receber alinhamento justificado;
 - 7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com duplo de um para outro;
 - 7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

Publicações impressas

Publicações avulsas:

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

Artigos em publicações avulsas:

XAVIER, Elton Dias . A Identidade Genética do Ser Humano como um Biodireito Fundamental e sua Fundamentação na Dignidade do Ser Humano. In: Eduardo de Oliveira Leite. (Org.). **Grandes Temas da Atualidade**: Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

Artigos em publicações periódicas:

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, v.1. n.1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: In praise of theory.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet:

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. **Lua Nova**. São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT <www.abnt.org.br> referentes à publicação acadêmica.

7.12 – As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o final do texto;

8. A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



CAMPUS JK

Av. Osmane Barbosa, 937 - JK
Montes Claros - MG
(38) 3690-3600

CAMPUS SHOPPING

Av. Donato Quintino, 90 - Cidade Nova
Montes Claros - MG
(38) 3224-7900



Impressa

ISSN 1809-7278



9 771809 727009

Eletrônica

ISSN 2358-9744



9 772358 974005