

DIREITOS HUMANOS E DOGMÁTICA PENAL: UM ESTUDO À LUZ DO SISTEMA ARGENTINO

HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL DOGMATICS: A STUDY CONSIDERING THE ARGENTINE SYSTEM

Luis Fernando Niño¹

Resumo

Contrariamente à reforma constitucional realizada na Argentina em 1994, que incorporou os principais Tratados de Direitos Humanos como lei suprema da Nação, o sistema penal, considerado em sua totalidade, revela-se hoje mais desumano e repressivo do que antes. A investigação entre esses polos, à luz da realidade da Argentina, é o escopo desse trabalho.

Palavras-chave

Crise do sistema penal. Prisão na Argentina. Direitos Humanos e sistema penal.

Abstract

Contrary to the constitutional reform carried out in Argentina in 1994, which incorporated the main human rights treaties as supreme law of the nation, the criminal justice system, considered as a whole, is now more inhumane and repressive than before. The scope of this work is to investigate these two extremes considering the reality in Argentina.

Keywords

Crisis in the penal system. Imprisonment in Argentina. Human rights and the penal system.

¹ Professor Catedrático. Universidade de Buenos Aires.

I. Os avanços tendentes à racionalização e humanização do sistema penal declinaram quando surge um período de direito penal simbólico desmedido, como o vivido na Argentina neste século XXI, que resultou em quinze reformas do ordenamento penal substantivo em pouco mais de três anos; e culminou em uma orgia punitiva, entre 2015 e 2019, de acordo com a política neoliberal do governo da época.

Devido a isso, obviamente, as taxas de encarceramento aumentaram, triplicando nos últimos vinte e cinco anos, de acordo com o relatório da Direção Nacional de Política Criminal que apura os dados coletados até 2021.

Quatro fatores contribuíram para esse fenômeno indesejável. Em primeiro lugar, a aplicação efetiva da pena de prisão, apesar da pouca gravidade do crime cometido; em segundo lugar, a revogação de boa parte do regime progressivo da pena, o que leva ao cumprimento integral da pena na prisão; como terceiro elemento, a aplicação de penas extremamente elevadas, de até cinquenta anos de prisão; e, finalmente, a conversão das penas perpétuas, antes passíveis de liberdade condicional após um certo período de reclusão, em penas sem possibilidade material de libertação².

Em resumo: contrariamente à reforma constitucional realizada na Argentina em 1994, que incorporou os principais Tratados de Direitos Humanos como lei suprema da Nação, o sistema penal, considerado em sua totalidade, revela-se hoje mais desumano e repressivo do que antes.

² GUAL, Ramiro – SANZ, Alejandro: *“Penas desproporcionadas e inflação punitiva. Uma tragédia em quatro movimentos”*, em: Estudos sobre Jurisprudência, Secretaria Geral de Capacitação e Jurisprudência Ministério Público da Defesa, Buenos Aires, 2023, p. 111-136.

Ao indesejável fenômeno dos presos sem condenação, passou a suceder-se o dos condenados sem julgamento, devido à proliferação do *plea bargaining* importado dos Estados Unidos, indevidamente chamado de “julgamento abreviado”, cuja inconstitucionalidade declarei, como magistrado, em inúmeras ocasiões, valendo-me do controle difuso da constitucionalidade das leis. E às prisões superlotadas soma-se atualmente, como consequência direta, um número crescente de pessoas alojadas em delegacias de polícia, sobretudo na província de Buenos Aires e na Cidade Autônoma, sem acesso a direitos básicos de saúde e higiene.

Esse quadro dramático levou organismos como a Comissão Provincial pela Memória, integrada por personalidades de diversas áreas, entre elas o Prêmio Nobel da Paz Adolfo Pérez Esquivel, a afirmar que “*o sistema prisional da República Argentina constitui, até hoje, o principal âmbito de aplicação de torturas e violação sistemática dos direitos humanos em nosso país*”, situação que “*se configurou pela orientação, mantida durante mais de duas décadas, de uma política de segurança e perseguição penal baseada no encarceramento seletivo: a captação e e dos setores pobres que fazem parte das cadeias mais fracas do crime*”³.

Não é preciso dizer que o caso da Argentina não é isolado. É inegável que, em escala planetária, assistimos, desde as últimas décadas do século XX, a um crescimento desmedido da população carcerária. E, a partir das estatísticas cruas, é um truísmo falar de *superlotação carcerária* e *hiperencarceramento*, como adverte o magistrado e professor paulista Marcelo Semer, em sua recente tese de doutorado,

³ Disponível no site: <https://www.comisionporlamemoria.org/datosabiertos/carceles>

“Sentenciando Tráfico: o Papel dos Juízes no Grande Encarceramento”, ao descrever tal tendência no Brasil e no mundo⁴.

Portanto, é válido, em primeiro lugar, investigar as causas dessa hipertrofia do sistema penal nas mais diversas latitudes, para depois tentar discernir se é possível — e em que medida — contribuir, a partir da dogmática penal, para amenizar a violência emergente desse estado de coisas.

II. A abordagem minuciosa, por parte de sociólogos e criminologistas contemporâneos, do fenômeno da expansão do punitivismo registrado a partir dos anos 70 do século passado e que continua até o presente, com sua sequência de prisões repletas de seres humanos, proporcionou diversas explicações sobre sua ocorrência.

O professor da Universidade de Nova York David Garland soube descrever, a partir de sua obra “A cultura do controle”⁵ sinais como o declínio do ideal de reabilitação, o ressurgimento do retribucionismo, o tom emocional e populista da Política Criminal, com a consequente exacerbação do medo do crime e a centralidade da vítima; bem como a comercialização do controle do crime e da forma de gerenciá-lo eficientemente.

Outros autores, como o sociólogo Christian Laval, professor da Universidade de Paris X Nanterre, e o filósofo Pierre Dardot, coautores de obras como “*La nueva razón del mundo*”⁶, “Común” e “*La pesadilla*

⁴ SEMER, Marcelo: “Sentenciando Tráfico: o Papel dos Juízes no Grande Encarceramento”, Tirant lo Blanch Brasil, 2019, p. 19.

⁵ GARLAND, David: “*La cultura del control – Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*” (A cultura do controle – Crime e ordem social na sociedade contemporânea), Gedisa, Barcelona, 2001.

⁶ LAVAL, Christian – DARDOT, Pierre: “*A nova razão do mundo: Ensaio sobre a sociedade neoliberal*”, Gedisa, Barcelona, 2013; “*Comum – Ensaio sobre a revolução no século XXI*”, Gedisa, Barcelona, 2015; “*O pesadelo que nunca acaba – O neoliberalismo contra a democracia*”, Gedisa, Barcelona, 2017.

que no acaba nunca”, concordam também em destacar o surgimento de uma racionalidade voltada para estruturar e organizar a ação dos governantes e a conduta dos governados em função das prerrogativas do capital e da promoção do mercado.

Por sua vez, com referência direta ao âmbito penal e criminológico, Antoine Garapon, secretário-geral do Instituto de Altos Estudos sobre a Justiça, com sede em Paris, nos alerta vivamente, em sua obra “La raison du moindre État” (A razão do menor Estado)⁷, sobre sistemas judiciais regidos pelo controle de custos, por indicadores de *desempenho*, remuneração dos juízes indexada de acordo com o mérito, generalização do tratamento em tempo real de questões penais, proliferação do *plea bargaining* como mecanismo para a conclusão dos processos — como já apontamos aqui —, generalização da transação e introdução da retenção de segurança para prisioneiros que, ao término de sua pena, apresentarem risco de reincidência devido a um grave transtorno de personalidade.

Todas essas inovações nos afastam do Direito Penal democrático e liberal e abandonam a complexidade das teorias criminológicas para se limitar a gerenciar uma realidade que não se tenta mais resolver, mas apenas controlar, com base em cálculos difusos de perigo para as vítimas potenciais.

Dessa forma, transformado em “*gestor de riscos*”, o juiz fica menos inclinado a avaliar a gravidade da ação e a sanção adequada para a reinserção do acusado do que a avaliar suas chances de reincidência, como também denuncia o próprio Garapon, em outro de seus lúcidos trabalhos sobre o tema⁸.

⁷ GARAPON, Antoine: “*La raison du moindre État - Le néolibéralisme et la justice*”, Paris, Odile Jacob, 2010.

⁸ GARAPON, Antoine: “*Um novo modelo de justiça eficaz, ator estratégico, segurança*”, Revista *Esprit*, novembro. 2008, p. 215-234.

Jonathan Simon, reitor associado do Programa de Jurisprudência e Política Social da Faculdade de Direito da Universidade de Berkeley, autor do livro *“Governar através do Crime”*⁹, aponta - de forma mais genérica - para o papel estelar que a lógica do crime assumiu na sociedade americana, presente nas relações políticas, campanhas eleitorais e prioridades orçamentárias, legitimando atores em diversos âmbitos institucionais e justificando intervenções nas mais diversas áreas. E coloca o medo como uma causa mais eficaz do que as próprias estatísticas alusivas ao crime, sentimento diante do qual a prisão traz a ilusão de segurança total para as vítimas potenciais e de neutralização do potencial agressor.

Esse *“governo através do crime”*, longe de perseguir os objetivos clássicos de intimidar, persuadir ou reabilitar, torna-se mero controle sistemático de grupos de risco por meio da segregação de seus membros da vida social. E, por acréscimo, com o menor custo possível, como aponta outro renomado criminologista, o professor da Universidade de São Paulo Maurício Stegemann Dieter, em sua obra *“Política Criminal actuarial”*¹⁰.

É possível relacionar a visão de Simon com outra, expressa um quarto de século antes pelo eminente criminologista Stanley Cohen, falecido em 2013. Cohen falou de *“pânico moral”*¹¹ para caracterizar a reação de um grupo de pessoas – ou de toda uma comunidade – com

⁹ SIMON, Jonathan: *“Governar através do Crime”*, Gedisa, Barcelona, 2012.

¹⁰ STEGEMANN DIETER, Maurício: *“Política Criminal actuarial – La Criminología del fin de la historia”*, Tirant lo Blanch

¹¹ COHEN, Stanley: *“Demonios populares y pánicos morales: delincuencia juvenil, subculturas, vandalismo, drogas y violencia”* (Demônios populares e pánicos morais: delinquência juvenil, subculturas, vandalismo, drogas e violência), Gedisa, Barcelona, 2017.

base na percepção – falsa ou exagerada – de algum comportamento cultural ou de grupo, frequentemente de um grupo minoritário ou de uma subcultura, visto como perigosamente desviante e representativo de uma ameaça para a sociedade.

Por sua vez, Löic Wacquant, professor e pesquisador da Universidade de Berkeley, Califórnia, e do Centro de Sociologia Europeia de Paris, e autor de obras como *“Las cárceles de la miseria”* (As prisões da miséria)¹², *“Punir os pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos”*¹³ e *“Las dos caras de un gheto”* (As duas faces de um gueto)¹⁴, afirma, a partir dos resultados de suas constantes pesquisas de campo, que o crescimento desse Estado penal deve ser entendido como vinculado à expansão das políticas neoliberais, em detrimento do chamado “Estado de bem-estar social”; de tal forma que a redução significativa dos gastos sociais corresponde ao crescimento vertiginoso dos custos policiais e penitenciários. E completa sua análise levando em conta outros fatores, tais como a tendência de penalizar infrações menores, a proliferação de dispositivos tecnológicos e sistemas de segurança privada, a difusão de um discurso alarmista e de *“guerra contra o crime”* pela mídia de massa, a valorização da vítima e a estigmatização dos marginalizados do sistema, formando um quadro propício ao endurecimento legislativo e judicial e tendente a substituir o ideal resocializador da pena privativa de liberdade pelo objetivo mais modesto de gerenciar a superpopulação resultante desse estado de coisas.

¹² WACQUANT, Löic: *“As Prisões da Miséria”*, Manantial, Buenos Aires, 2004.

¹³ WACQUANT, Löic: *“Punir os pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos”*, Revan, Rio de Janeiro, 2010.

¹⁴ WACQUANT, Löic: *“As duas faces de um gueto – Ensaios sobre marginalização e penalização”*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010.

Wacquant aponta, no prefácio de seu livro *“As prisões da miséria”*, que o que ele denomina de nova penalidade liberal é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países afetados por fortes desigualdades de condições e oportunidades de vida, e desprovidos de tradição democrática.

Anos mais tarde, no capítulo nove de sua obra *“As duas faces de um gueto”*, Wacquant se refere especificamente à Argentina e ao Brasil, alertando (cito textualmente) que *“em qualquer sociedade, é uma política muito ruim usar o sistema judicial penal como instrumento para resolver problemas sociais, porque ele não os resolve”, em uma que, “além disso, tem uma tradição de Estado autoritário (ligada à história agrária, à história da formação das classes trabalhadoras nas cidades e ao período da ditadura militar), essa política é um convite ao desastre social, um convite para criar uma ordem social em contradição fundamental com a ideia de uma sociedade e e democrática... uma ditadura sobre os pobres para respeitar outra ditadura, a do mercado”¹⁵.*

III. Após sucessivas etapas de reformas das legislações penais e processuais dos diferentes países da América Latina, pode-se concluir que nos novos textos resultantes aparecem traços comuns com a questionável linha político-criminal investigada e comprovada por tantos cientistas sociais.

E é razoável examinar a doutrina penal contemporânea na tentativa de estabelecer se é possível identificar, nas contribuições de alguns autores, as chaves do que depois se traduz em expressões normativas de um Direito Penal propenso à exclusão dos setores marginalizados do aparato econômico e social e — paralelamente — à

¹⁵ WACQUANT, L.: *“As duas faces...”*, cit., p. 203.

naturalização de comportamentos ilícitos por parte de indivíduos que operam nos segmentos mais privilegiados do todo social.

Em uma obra de título complicado, mas de clareza expositiva impecável, “Aporofobia e plutofilia”¹⁶, ou seja, “fobia a pessoas pobres ou desfavorecidas e afeição ou amor aos ricos”, outro estimado colega e amigo, o professor emérito da Universidade de Cádiz Juan Terradillos Basoco, identifica com total acerto três correntes ideológicas que dão base a uma política criminal bifronte, tolerante com as ilegalidades dos poderosos e orientada a reforçar a situação de exclusão social dos mais despossuídos. São elas o funcionalismo, o gerencialismo e o punitivismo¹⁷.

Em relação à primeira dessas correntes, tive a oportunidade de me pronunciar, em uma obra em coautoria com o jurista e magistrado chileno Jean-Pierre Matus Acuña, na qual, desde o próprio título, alertávamos sobre os riscos da vassalagem cultural na doutrina penal latino-americana¹⁸.

Basta lembrar aqui as diferenças que o professor de Bonn Günther Jakobs postula entre cidadãos e inimigos, entre pessoas e indivíduos. Ele mesmo se encarrega de esclarecer que não se trata de “opor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um único mundo”¹⁹, onde se distingue entre o cidadão, mesmo aquele que, com sua conduta, prejudicou a vigência da norma,

¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan: “*Aporofobia e plutofilia – A deriva jânica da Política Criminal contemporânea*”, Bosch Editor, Barcelona, 2020.

¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan María: “Aporofobia...”, cit. p. 59 e ss.

¹⁸ NIÑO, Luis Fernando – MATUS ACUÑA, Jean-Pierre: “*Dogmática jurídica e exercício do poder – Riscos da vassalagem cultural na doutrina penal latino-americana*”, Astrea, Buenos Aires, 2016.

¹⁹ JAKOBS, Günther: “*Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo*”, em JAKOBS, G.-CANCIO MELIÁ, Manuel: “*Direito Penal do inimigo*”, Cuadernos Civitas, Madri, 2003, p. 22.

mas oferece garantias de que se comportará, em linhas gerais, “como uma pessoa que age em fidelidade ao ordenamento jurídico”²⁰, e o mero indivíduo cuja expectativa de comportamento pessoal é frustrada de forma duradoura, tornando-se merecedor de “*uma legislação... de luta*” (sic)²¹. Para concluir, declarando que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”²². Afirmção que contradiz claramente os principais documentos internacionais de Direitos Humanos, a começar pelo artigo 2º da Declaração Universal da Organização das Nações Unidas de 1948; e que lhe permite sustentar que é procedente, em relação a tais “indivíduos”, o avanço da punibilidade, com vistas à “*garantia contra fatos futuros, não à sanção dos fatos cometidos*”²³, o que implica, nem é preciso dizer, uma clara transgressão do princípio da legalidade.

Na verdade, alguns anos antes da publicação do opúsculo sobre o Direito Penal do inimigo, após questionar-se sobre “*quais são as condições mínimas que devem ser cumpridas para que alguém possa ser considerado pessoa*”, o próprio Jakobs respondeu com um exemplo que nos esclarece quem seria o alvo de sua desqualificação, nos seguintes termos: “*Aquele que — sem que isso lhe seja imputável — não tem qualquer possibilidade de adquirir meios de subsistência suficientes, dificilmente poderá respeitar como pessoa aquele que defende sua opulência, mas iniciará uma luta pelo reconhecimento*”²⁴ (fim da citação). Obviamente, a partir daí, ele não teria escrúpulos em

²⁰ JAKOBS, G.: op. cit., p. 26.

²¹ JAKOBS, G.: cit., p. 38 e seguintes.

²² JAKOBS, G.: cit., p. 40.

²³ JAKOBS, G.: op. et loc. cit.

²⁴ JAKOBS, G.: “*Sociedade, norma e pessoa em uma teoria do Direito Penal funcional*”, Civitas, Madri, 1996, p. 40.

apontar aquela medida neutralizadora de eventos futuros, dirigida aos pobres ou indigentes, transformados, segundo essa visão, em inimigos perigosos.

No outro polo desse mundo descrito pelo emérito de Bonn, o professor da Universidade Pompeu Fabra de Barcelona, Jesús-María Silva Sánchez, que soube se lançar a teorizar sobre o tema, relativizando os conceitos categóricos do professor alemão²⁵, mostra-se, mais recentemente, inclinado à indulgência em relação a um criminoso de colarinho branco, especificamente, um operador econômico que entra na trama da corrupção em um contexto estruturalmente viciado, seja por defeito da lei local ou pelo costume. Cito textualmente: *“Em ambientes estruturalmente corrompidos, a questão em aberto é se é exigível que um agente econômico se abstenha de entrar no jogo. A resposta — conclui Silva Sánchez — provavelmente deveria ser negativa”*²⁶ (fim da citação).

Essa condescendência é particularmente notável para um tipo de crime econômico grave, se considerarmos que o próprio professor de Barcelona, para manter dentro do Direito Penal, ou seja, como crime, os furtos de pequena monta cometidos em supermercados e outros estabelecimentos comerciais de autoatendimento, recorre à

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *“Os indesejados como inimigos – A exclusão de seres humanos do status personae”*, Revista Eletrônica de Ciência Penal e Criminologia, 9/1/2007.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *“Doze teses e o sobre o crime de corrupção de funcionários do art. 286 ter do Código Penal espanhol”*, em GÓMEZ MARTÍN, Víctor – Montiel, Juan Pablo – SATZGER, Helmut (editores), *“Estratégias penais e processuais de luta contra a corrupção”*, Marcial Pons, Barcelona, 2018, p. 64.

*“introdução do argumento relativo à dimensão ético-social da injustiça do furto, além do dano material que ele causa”.*²⁷

É claro que ambos os acadêmicos protegem suas teses por trás do que parece ser uma apresentação simples e aséptica da realidade. Assim, Jakobs refere que *“não se trata do Direito Penal de uma sociedade desejável, mas do Direito Penal daquela sociedade que gerou o sistema jurídico”*, enquanto Silva Sánchez, mais diretamente, nos explica que *“a missão do Direito Penal não é mudar os termos do socialmente adequado, mas proteger o status quo”*²⁸.

Continuemos: já aludi aqui ao gerencialismo, também indicado por Terradillos Basoco como outra base ideológica em que se assenta o atual estado das coisas nos sistemas penais contemporâneos, ao referir-me às investigações e desenvolvimentos de Wacquant e Garapon.

De qualquer forma, é oportuno voltar à crítica à concepção tecnocrática imperante a partir do auge da ideologia neoliberal, ideologia que, no assunto que nos interessa, substituiu as políticas de reabilitação e readaptação das pessoas condenadas, além da subsistência de tais finalidades nas Constituições e nas leis, com base no que o jurista norueguês Nils Christie acertadamente denominou, há três décadas, *“a indústria do controle do crime”*²⁹.

Um controle que passou a ser exercido sobre grupos de risco, com exacerbação do protagonismo das agências policiais, orientadas a satisfazer as demandas de segurança cidadã, incentivadas pelos meios de comunicação de massa. Um controle que recai principalmente sobre

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: *“Delinquência patrimonial leve: uma observação do estado da questão”*, em: Estudios Penales y Criminológicos”, volume XXV, Santiago de Compostela, 2005, p. 338 e seguintes.

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *“Doze teses...”*, loc. cit.

²⁹ CHRISTIE, Nils: *“A indústria do controle do crime: a nova forma do Holocausto”*, Editores del uerto, Buenos Aires, 1993.

contravenções e expressões de microcriminalidade e que satura os tribunais com aqueles infelizes que o professor Jakobs qualificou como indivíduos desprovidos de personalidade.

Por fim, as políticas de “tolerância zero” e “lei e ordem”, expandidas do Norte ao Sul, completam – com sua característica punitiva – os elementos ideológicos que abrigam e sustentam a Política Criminal de nosso universo cultural, com o saldo da escandalosa superlotação carcerária que lembramos no início e da consequente violação dos direitos humanos mais elementares.

IV. Chega então a hora de analisar o que fazer, desde a modesta posição de estudiosos do Direito Penal, de homens e mulheres de doutrina neste campo, diante de um sistema penal exorbitante, que descumpre, em sua sinistra factualidade, os mandatos normativos de máxima hierarquia de qualquer um de nossos ordenamentos. Em outras palavras, como dar curso a uma dogmática penal que neutralize, na medida do possível, a irracionalidade na aplicação do poder punitivo do Estado.

Gostaria de esclarecer aos meus ouvintes uma posição pessoal relacionada ao tema. Na primeira metade da década de 80, participei como secretário da pesquisa sobre “*Sistemas penais e Direitos Humanos*”, organizada pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, uma importante pesquisa quinquenal que incluiu viagens a vários países da região, visitas a delegacias de polícia, sedes judiciais e estabelecimentos prisionais, bem como a elaboração de questionários a serem respondidos por colegas juristas e criminologistas de todo o continente ibero-americano, ao final da qual foi publicado um “Relatório Final”³⁰, na redação do qual também tive a honra de

³⁰ “*Sistemas penais e direitos humanos – Relatório final*” IIDH e editora Depalma, Buenos Aires, 1986.

colaborar ativamente; é um relatório que hoje mantém quase intacta a validade de suas recomendações. Ao final dessa experiência transcendental, fortaleceu-se em mim a convicção de que o Direito Penal, como doutrina, não tem como função legitimar o poder punitivo, mas lutar para mantê-lo dentro dos limites impostos por um Estado social e democrático de Direito.

Trata-se de captar a totalidade das normas vigentes, começando pelas da respectiva Constituição Nacional e todas as incluídas no Direito Internacional e dos Direitos Humanos, e continuando com todas as leis propriamente penais, codificadas e, quando for o caso, complementares. Uma vez reunidos, analisar exegeticamente a totalidade desses textos, ou seja, interpretá-los, com o devido respeito ao rango que cada uma dessas normas ocupa na ordem jurídica; construir conceitos mais gerais, que devem funcionar como filtros do poder punitivo e, dessa forma, contribuir para a elaboração de uma Teoria do Crime e da Pena dirigida a juízes, magistrados e demais operadores do aparato judicial. O objetivo é contribuir para que se concretize uma aplicação racional, coerente e previsível do Direito positivo vigente em cada caso. Em definitiva, trata-se de elaborar um programa político para o exercício do poder jurídico no âmbito do Estado de Direito. Tarefa que serve, igualmente, para formar os futuros operadores, que se preparam nas universidades. E que pode ser útil, e seria desejável que o fosse, para que o legislador e seus colaboradores percebam, por exemplo, a existência de contradições entre a letra de uma lei penal e um preceito de suprema hierarquia — constitucional ou convencional — e se apressem em propor a emenda pertinente; ou se convençam da obscuridade ou abstrusidade de um termo incluído em algum texto legal e o corrijam; ou retifiquem enunciados que, se não forem corrigidos, se tornarão quebra-cabeças para a doutrina e a jurisprudência.

Nesse sentido, vale citar aqui uma advertência, extraída do ensaio intitulado “Comum”, dos dois autores já citados, Christian Laval e Pierre Dardot. Eles expressam, textualmente, que *“o pior que se pode fazer é deixar o direito nas mãos daqueles que têm como profissão ditá-lo. O sistema das normas é sempre um terreno onde estão em jogo conflitos e o direito é, como tal, um campo de luta”*³¹.

Há antecedentes de juristas latino-americanos que empreenderam a construção de uma dogmática jurídica penal aplicável ao nosso ambiente jurídico.

Na última metade do século, houve uma evolução saudável do esquema teórico do Direito Penal nas universidades nacionais da Argentina e na doutrina penal em geral, impulsionada por figuras como Eugenio Raúl Zaffaroni.

A ele cabe o mérito de ter resgatado o realismo próprio da tese das estruturas lógico-objetivas de Hans Welzel³², excluindo, paralelamente, os três tópicos claramente questionáveis da doutrina finalista da ação, a saber: em primeiro lugar, a confusão entre Ética e Direito, que levou o professor de Bonn a sustentar que *“a missão do*

³¹ LAVAL, Christian – DARDOT, Pierre: *“Comum – Ensaio...”*, cit., p. 25.

³² Em um ensaio anterior ao lançamento de seu famoso manual de Direito Penal, Welzel explicava as razões de sua postura em relação ao positivismo jurídico da época: *“Quem quer impor normas à ação tem que pressupor a estrutura categórica do fazer humano; nenhum legislador pode modificá-la. Sobre essa estrutura, é claro, podem-se formular declarações de validade universal... Daí surgem determinadas consequências dogmáticas em relação aos elementos singulares da ação e à posição recíproca entre eles. Acima de tudo, no que se refere à função e à posição da vontade na estrutura da ação. Aqui, nem a lei nem a ciência têm livre poder de determinação”* (WELZEL, Hans: *“Direito natural e positivismo jurídico”*, incluído em *“Além do Direito natural e do Positivismo Jurídico”*, Direção de Publicações da Universidade Nacional de Córdoba, 1962, p. 39.

*Direito Penal consiste na proteção dos valores elementares da consciência, de caráter ético-social, e apenas por inclusão a proteção dos bens jurídicos particulares*³³; em segundo lugar, a noção difusa de “*adequação social da conduta*”³⁴, substituída por Zaffaroni ao acrescentar, na linha da tipicidade, a análise da conglobação e, por último, o conceito de “*culpabilidade do autor*”, empregado por aquele ilustre autor alemão ao fundamentar a culpabilidade da culpa inconsciente³⁵.

Em suma, foi assim reelaborada uma Teoria do Crime com base jurídico-filosófica plausível, segundo a qual se reconhece a existência de um mundo com ordens óticas — a física, a biológica, a política, a econômica e a jurídica — sendo a estrutura lógico-real fundamental, nesta última, aquela que reconhece o ser humano como entidade com autonomia moral. E as três correções introduzidas pelo emérito de Buenos Aires colocam tal construção teórica em linha com os mandatos constitucionais e convencionais. Por enquanto, elas a situam nas antípodas do neokantismo, que concebe o mundo como ordenado de acordo com valores e que, à pergunta sobre o que são valores, responde que os valores não são, mas valem, dando margem — em definitiva — à imposição, por parte de fatores reais de poder muito diferentes, de determinados valores ordenadores³⁶.

³³ WELZEL, Hans: “*Direito Penal Alemão*”, Editorial Jurídica do Chile, Santiago, 1987, p. 15.

³⁴ WELZEL, H.: op. cit., p. 83 e seguintes.

³⁵ WELZEL, H.: op. cit., p. 211 e seguintes.

³⁶ ZAFFARONI, E.R.: “*Dogmática jurídico penal para nossa América*”, Ediar, Buenos Aires, 2023, p. 32.

A versão mais atual dessa construção teórica aparece na obra “Lineamientos de Derecho Penal” (Lineamentos do Direito Penal), publicada em 2020³⁷.

Talvez algum observador possa considerar antiquada essa atualização da teoria estratificada do crime, depurada e revalorizada, esse tipo de finalismo próprio de um realismo jurídico e criminológico marginal.

A esse respeito, gostaria de propor que abandonemos a tendência de incorporar acriticamente a nossa bagagem teórica tudo o que é — aparentemente — novo que aparece nos claustros do Velho Continente. Como o próprio Zaffaroni aponta, em um livro apresentado neste mesmo mês e ano em Buenos Aires, (cito textualmente) *“as modas da dogmática penal importada parecem impor em nossa América a necessidade de nos vestirmos com a última roupa retirada de nossas alfândegas, pois tudo o que veio antes é arquivado em uma loja de trajes para bailes de época”*³⁸ (fim da citação).

E vale a pena esclarecer isso. Não se trata de se contentar com uma visão provinciana ou regionalista, mas de submeter a uma análise crítica as diversas tendências doutrinárias e, muito especialmente, refletir sobre seu mérito diante da eventual aplicação a realidades sociais diferentes das existentes nos países em que elas se originam.

O respeito excessivo pelas leis infraconstitucionais e o receio dos juízes da nossa região em assumir o controle difuso da constitucionalidade dessas leis pode muito bem ser devido ao fato de que nossa doutrina se inspirou em obras clássicas de autores europeus, continente em que tal controle da hierarquia normativa só se generalizou a partir do último pós-guerra. Basta pensar que a

³⁷ ZAFFARONI, E. R.: “Lineamientos de Derecho Penal”, Ediar, Buenos Aires, 2020.

³⁸ ZAFFARONI, E. R.: “Dogmática...”, cit., p. 9 e seguintes.

Constituição da República Italiana entrou em vigor em 1948 e a da República Federal da Alemanha em 1949.

No extremo oposto à tendência de muitos juristas da América Latina, ávidos por importar novidades produzidas no Hemisfério Norte, o professor alemão Kai Ambos, da Universidade de Göttingen, denuncia, precisamente n , o “provincialismo presunçoso” da dogmática alemã, defeito que ele considera necessário superar.³⁹

Talvez seja esse provincialismo presunçoso que leve alguns autores, como também aponta Zaffaroni, “*a subestimar a culpabilidade, a ponto de deixar o crime como um objetivo injusto, a negar a tipicidade subjetiva por considerar impossível separá-la da objetiva, a “normativizar” a ponto de inventar um dolo sem ‘elemento psíquico’, a fundir total ou parcialmente a culpabilidade na ilicitude, a minimizar a importância do resultado, a ignorar a ofensividade e, acima de tudo, a reduzir ou omitir o tratamento da pena nas obras gerais*”.⁴⁰

Não é inútil lembrar que foi Rudolf von Ihering quem, a partir do Direito Privado, conseguiu separar a ilegalidade da culpabilidade⁴¹, dando início a uma exegese legal baseada na decomposição dos elementos ou dogmas e, em seguida, integrá-los em um sistema. Uma distinção que, transferida para a doutrina penal alemã, foi posteriormente atacada por Friedrich Schaffstein, da Escola de Kiel, claramente funcional ao nazismo, enquanto outro membro conhecido

³⁹ AMBOS, Kai: “*Sobre o futuro da ciência jurídica penal alemã: abertura e método discursivo em vez de provincialismo presunçoso*”, em: Ambos/Böhm/Zuluaga (editores), Göttingen University Press, 2016, p. 4-30.

⁴⁰ ZAFFARONI, E.R.: “Dogmática...”, cit., p. 74 e seguintes.

⁴¹ JHERING, Rudolph von: “*O elemento da culpa no direito privado romano*”, Editorial IBdeF, Montevideu-Buenos Aires, 2013.

dessa Escola, Georg Dahm, atacava a diferenciação entre tipicidade e ilegalidade.

A concepção de uma ação necessariamente dotada de alguma finalidade enfrentou o realismo ingênuo do esquema de Liszt e Beling, com seu paralelismo rudimentar de inervação e distensão muscular ao momento de distinguir entre ação e omissão, mas também o neokantismo, que concebeu uma ação voluntária sem finalidade, sob o pretexto de que o direito pode valer-se de conceitos próprios para sua teoria. Na realidade, tal esquema também não é “naturalista”, no sentido pejorativo com que se despreza a incorporação de dados da realidade em um desenvolvimento teórico de nosso ramo do Direito, uma vez que ficam fora do segmento substantivo da ação elementos que serão analisados na linha específica da culpabilidade. Mas o que se impede, ao considerar a conduta como um fato humano voluntário e final, é que se recaia a desvalorização da ilicitude em um mero processo causal.

Abandonar o esquema estratificado do crime é arriscado: fundir a injustiça pessoal com a culpa nos aproxima do tipo de autor; prescindir do elemento psíquico na dolência esbate seus limites e leva à antiga presunção desse elemento; recorrer aos papéis sociais para a imputação objetiva tinge a proposta de ética; e entender que o cidadão tem o dever de cooperar com o Direito, como postula Michael Pawlik⁴², discípulo de Günther Jakobs, aproxima-se de uma exigência de fidelidade que lembra as concepções da “escola de Kiel”.

Se a isso se somar a ideia de que a pena tem como função exclusiva a ratificação da vigência da norma comunicativamente

⁴² PAWLIK, Michael: “Cidadania e Direito Penal – Fundamentos da teoria da pena e do delito em um Estado de liberdades”, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016.

lesada, volta-se a Hegel: a pena implica a afirmação do direito e se justifica por si mesma⁴³.

Talvez, em outro modelo de Estado, tais retornos não incomodem, embora pareçam partir da base de que o Estado de Direito é um “ser” a ser protegido em sua integridade, em vez de visualizá-lo como um “*dever ser*” dinâmico e permanente. Mas naqueles do nosso continente, em cujo seio se evidenciam iniquidades sociais, econômicas e culturais, não cabe abandonar-se a jogos lógicos ou a normatizações extremas, mas manter em pé os filtros derivados da teoria estratificada, na tentativa de conter o poder punitivo, e recorrer aos princípios delimitadores desse poder, hoje presentes, como direito positivo de suprema hierarquia, nas Constituições de nossa região e nos Tratados que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nós, juristas latino-americanos dedicados à doutrina penal, conservamos um poder que não é menor, o do discurso, dirigido a orientar o poder de controle dos juízes e demais operadores jurídicos, tanto no que diz respeito ao material legislativo vigente quanto à atividade das forças policiais e demais órgãos de segurança; bem como a proporcionar formação àqueles que se preparam nas salas de aula das universidades. Em outras palavras, fornecer sistemas de interpretação que incorporem dados da realidade, a fim de proporcionar a máxima eficácia a esses princípios delimitadores.

Não é possível ignorar um panorama repleto de presos sem condenação — e, há algum tempo, de condenados sem o devido

⁴³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: “Princípios da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência Política”, Sudamericana, Buenos Aires, 2004, p.102: “*O fato delituoso não é um primeiro, positivo, ao qual se seguiria a pena como sua negação, mas é um negativo, pelo que a punição é apenas uma negação. O direito efetivo é, portanto, a eliminação dessa lesão; é precisamente nisso que mostra sua validade e se acredita como uma existência necessariamente mediada*” (p. 102)

julgamento —, reclusos — uns e outros — em condições desumanas e de deterioração psicofísica correlativa. Nem ignorar que, em muitos casos, o controle intramuros é exercido por gangues de presos em disputa pela hegemonia, com o precipitado de motins sangrentos.

Nesse sentido, gostaria de salientar que, como magistrado da Câmara Nacional de Cassação Criminal e Correccional da Capital Federal argentina, exercendo o controle difuso da constitucionalidade das leis, formei maioria com meu colega Mario Magariños, declarando a inconstitucionalidade do instituto da reincidência previsto no Código Penal argentino, com base em numerosas razões de cunho convencional e constitucional, entre elas a violação do *ne bis in idem*, mas às quais acrescentei a seguinte: *“(a) pesar de, em um exercício de abstração, deixarmos de lado todas as disposições de máxima hierarquia normativa acima mencionadas, diante de um indivíduo que volta a delinquir, após cumprir pena em uma de nossas prisões, sob o sórdido quadro global que tantas entidades nacionais e estrangeiras vêm destacando ano após ano, é preciso questionar, com absoluta cautela, se é ético e juridicamente admissível atribuir-lhe automaticamente desdém ou falta de sentimentos* (que tem sido o argumento dos juízes da Suprema Corte do meu país para validar tal instituto) *após tal experiência existencial, e basear nesses estados subjetivos o pretexto de uma pena maior por uma suposta maior culpabilidade”*⁴⁴.

Uma última mensagem dirigida, com toda a humildade, aos juízes e magistrados. Para servir à Justiça, não basta conhecer o Direito nem atualizar os conhecimentos da doutrina estrangeira. É necessária uma coragem cívica que se torna particularmente relevante em

⁴⁴ Pode ser consultado em <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/42511-reincidencia-inconstitucionalidad>

sociedades fragmentadas por disparidade na distribuição de riquezas e oportunidades, ou por episódios muito concretos de sua história, ou por ambas as causas simultaneamente.

Uma coragem que permita aos juízes, promotores e defensores superar o pânico moral criado pela cobertura da mídia e pelas pressões intra e extra sistêmicas. Que os leve a dar prevalência aos princípios delimitadores do poder punitivo, que regem com suprema hierarquia normativa. E que os proteja de incorrer em um autêntico negacionismo, quando estão na presença de uma violação maciça dos direitos à vida, à integridade física e moral e à segurança de toda pessoa, bens jurídicos que a Constituição que juraram defender lhes ordena reconhecer e salvaguardar.