

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 3 – Número 2 – p. 101-111 – julho/dezembro 2011

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA

ALINE MONTEIRO



Os conteúdos deste periódico de acesso aberto estão licenciados sob os termos da licença [Creative Commons Atribuição-UsoNãoComercial-ObrasDerivadasProibidas 3.0 Unported](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/).

IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS, NA GÊNESE DE UM SISTEMA PENAL BASEADO NA EXPANSÃO PUNITIVA – CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DAS TEORIAS DE ROXIN E JAKOBS

Fernando Antônio Silva Alves¹

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Potiguar.

Resumo

Este ensaio busca analisar até que ponto teorias desenvolvidas nas últimas décadas acerca do fenômeno criminal podem se converter em instrumento da expansão punitiva, tendo em vista a recente onda de criminalização dos movimentos sociais, em especial diante da controvertida atuação de movimentos como o dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (o MST). O estudo observa o pensamento de teóricos como Claus Roxin no âmbito penal e sua correlação com autores bastante lidos nas ciências sociais, como Beck, e os conceitos desenvolvidos tanto na sociologia quanto na teoria penal acerca do fenômeno do risco, nas sociedades pós-industriais, atualmente globalizadas. Desta forma, acredita-se ser possível estabelecer uma relevante correlação entre duas tendências crescentes na pós-modernidade: o recrudescimento das lutas promovidas pelos movimentos sociais e reações do aparato punitivo, com políticas de criminalização adotadas pelo sistema penal.

Palavras-chave: Movimentos sociais; Sistema penal; Teoria da Imputação Objetiva; Criminalização.

Abstract

Objective attribution and criminalization of social movements, in the genesis of a penal system based on the expansion punitive – critical considerations about the theories of Roxin and Jakobs

This essay seeks to examine the extent to which theories developed in recent decades about the criminal phenomenon can become punitive instrument of expansion, in view of the recent wave of criminalization of social movements, particularly given the controversial role of movements such as the Rural Workers Landless (MST). The study notes the thinking of theorists like Claus Roxin in criminal matters and its correlation with widely read authors in the social sciences, such as Beck, and the concepts developed in both sociology and criminal theory about the phenomenon of risk in post-industrial societies, now globalized. Thus, it is possible to establish a significant correlation between two growing trends in post-modernity: the resurgence of the fights promoted by social movements and reactions of punitive apparatus, with criminalization policies adopted by the criminal justice system.

Keywords: Social Movements. Penal System. Theory of Objective Attribution. Criminalization.

INTRODUÇÃO

No estágio atual da modernidade, chamada por alguns de modernidade tardia, e por outros, como pós-modernidade; no ritmo de um processo de pós-industrialização e superação do modelo fabril tradicional da

organização do trabalho fordista, onde o aparato de produção estava assentado na divisão de classes entre donos de fábrica e operários da linha de montagem, o processo de acumulação de riquezas e a geração de novas tecnologias são acompanhados do surgimento de riscos. Os riscos de que trata a teoria de Beck não são riscos de natureza individual, mas sim riscos sociais e históricos, que não são uma novidade no desenvolvimento da história humana, mas se revestem de toda uma característica específica, nas últimas décadas do século passado e início deste século, por produzirem essas tensões que, no discurso punitivo, convertem-se numa verdadeira ameaça global.²

Na sociedade pós-industrializada, riscos podem assumir posições de ameaça quando a própria sobrevivência humana pode se encontrar comprometida. Riqueza e risco carregam consigo uma imbricação, pois a riqueza carrega o risco no momento em que o processo de modernização e acumulação de capital também gera forças destrutivas decorrentes: tais como o acirramento da desigualdade social, a poluição da natureza e do meio ambiente e comprometimento da qualidade de vida.

Para Beck, na sociedade pós-industrial irão ser redefinidos ou introduzidos conceitos de indivíduo e mobilidade que irão destacar os novos traços da desigualdade social numa sociedade de risco e a produção de novos males que podem ser decorrentes disso. Ao risco associa-se uma insegurança, e sua intensificação no atual estágio de evolução da humanidade corresponde à dinâmica social e política da sociedade de risco.³

Beck entende que o surgimento de movimentos sociais nesta nova modernidade (tardia, distinta da modernidade clássica da era industrial), é decorrência não mais do velho esquema marxista da luta de classes, mas sim de um processo individualizatório, que se deu historicamente no capitalismo moderno, com a inclusão do mercado de trabalho da figura do “trabalhador livre assalariado”, incluído nas redes de consumo; que, não obstante não ter havido qualquer alteração substancial na desigualdade social, a vinculação do indivíduo a uma classe específica deixa de ser prioritária, pois as crises sociais passam a ser interpretadas individualmente, como se fossem uma crise do indivíduo com a sociedade, e não da classe com outra que lhe é superior⁴. Beck acredita num “capitalismo sem classes”, onde, apesar da crítica dos marxistas, a sociedade que ingressou no século XXI é uma sociedade em que a divisão de classes não é mais o vetor principal do conflito social, apesar dos problemas de desigualdade relacionados a uma estrutura de classes permanecerem os mesmos.

É interessante notar até como, num primeiro momento, a concepção de Beck sobre a sociedade pode ser aplicada aos movimentos sociais em sua relação de conflito com o Estado, conforme sua noção sobre o indivíduo e seu papel na modernidade tardia. Os chamados “movimentos de busca” a que se refere Beck, decorrentes dos riscos da modernização, e do surgimento de situações de ameaça, refletem, segundo ele, iniciativas de organização de comunidades de protesto que tem em vista muito mais reivindicações de caráter individual, do que necessariamente de uma realidade de classe. Movimentos organizados no Brasil, como o dos trabalhadores sem-terra, ou dos militantes sem-teto, nas grandes cidades, por exemplo, são expressões da formação social de uma identidade, que parte inicialmente da perspectiva individual de como o indivíduo, organizado coletivamente, pode solucionar uma crise sua, uma crise individual em relação ao sistema que ele questiona.

A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Os riscos tratados anteriormente consistem em conceitos eminentemente sociais, distintos da concepção de risco abrangida pelo direito penal, no âmbito da tipificação de condutas. Entretanto, teorias penais como a da imputação objetiva podem se coadunar com o conceito sociológico de risco, no momento em que no âmbito da extensão de condutas individuais abrangidas pela norma, possam ser relevadas tendências de criminalização em que a atribuição de um risco individual permitido ou não permitido, pode obedecer ou não a critérios de

exclusão social, bem ao gosto da expansão punitiva, onde os produtores de risco passaram a ser encontrados, com o apoio da criminologia crítica.

Nesse sentido, quando se trata dos riscos e da emergência de movimentos sociais que podem se traduzir em fatores de risco, resta saber até que ponto esses riscos serão penalmente considerados, conforme a construção teórica acerca da imputação de determinadas condutas. Ações consideradas à margem da legalidade como as invasões de terra, devem ser vistas sob um prisma de determinadas correntes do direito penal, que, à luz da teoria da imputação objetiva, podem representar uma visão da doutrina jurídico-penal que contribui para um processo de criminalização desses movimentos.

Diz-se que a teoria da imputação objetiva deveria ser uma teoria da imputação do resultado, ou seja, se um comportamento considerado como invasão de terras, por exemplo, pode ser tido como conduta típica, e até que ponto essa conduta pode colaborar para a realização de um resultado que seja efetivamente danoso, sob o ponto de vista de uma norma penal. Pergunta-se: se A, integrante do movimento, participa de uma invasão de terras com seus companheiros B, C, D e E, deverá ele ser responsabilizado pelos danos produzidos na propriedade de F, indevidamente e ilegalmente invadida, se ocorre, por exemplo, um incêndio na plantação existente no local, causado culposamente pela ausência de dever de cuidado na hora de ser montado o acampamento?

Em primeiro lugar, essa teoria penal trabalha com o conceito de risco permitido. Como risco permitido entenda-se aquele em que desde a gênese da conduta, existe uma previsão legal ou regulamentação para que ela se realize (por exemplo: o funcionamento do tráfego, as atividades das indústrias, a realização de alguma atividade esportiva). O risco permitido deve se basear numa normalidade social de conduta que, pelo seu próprio desenvolvimento, pode vir a gerar um risco (o risco de se atropelar alguém enquanto se dirige um veículo, mesmo mantendo o dever de cuidado, não aumentando a velocidade)⁵. A atividade pode vir a gerar riscos, mas esses são permitidos desde quando a atividade começa a se realizar.

O que ocorre é que as atividades humanas sempre agem sobre uma perspectiva de expectativas nas relações entre os indivíduos, baseadas em princípios de confiança e autorresponsabilidade. Se for considerado como permitido, o risco de que alguém que se encontre sem teto ou moradia procure um abrigo, para escapar do frio e das intempéries da chuva, por exemplo, o resultado produzido pela ação de invadir um determinado lugar para se abrigar, não é necessariamente típico. Ao contrário, se a conduta for pensada ainda nos termos de causalidade, naturalmente o autor deste fato será responsabilizado, no mínimo, por invasão de domicílio. Segundo Roxin, há casos em que mesmo na criação de um risco não permitido o resultado produzido não é imputável porque a conduta observada não se encontrou no âmbito de alcance do tipo⁶. Isso ocorre porque a simples ocupação de propriedades rurais por trabalhadores sem-terra não configura em si um ilícito, podendo, inclusive, serem empregadas outras normas jurídicas de natureza bem distinta das normas penais, que podem ensejar a reintegração de posse ou sua manutenção. O mesmo se aplica no exercício da liberdade de reunião, onde alguns de seus componentes podem inclusive, no interior dessas aglomerações, chegar a defender a possibilidade de que terrenos venham a ser ocupados, sem serem responsabilizados por depredações futuras ou danos que possam vir a ser colhidos, no momento em que os agentes do Estado procedem com desocupações.

Pensa-se, portanto, a conduta de integrantes de movimentos sociais como os sem-terra ou os sem-teto, que ingressam na esfera de autorresponsabilidade do proprietário rural quando, sabedor da larga extensão de terras que possui numa propriedade ou terreno baldio descampado, não adota de sua parte determinadas providências que, no âmbito das expectativas de um segundo observador, possam ser vistas como efetivo exercício pleno de um direito de propriedade (existência de trabalhadores no local em serviços de arado ou pastoreio, existência de ocupações já fortemente distribuídas com seus pequenos proprietários e lavradores, trabalhando em plantações ou operando maquinário, demonstrando o desempenho de uma atividade econômica altamente produtiva).

Entretanto, autores como Canció Meliá e Callegari, alertam que no Brasil não se segue o conceito de risco permitido, uma vez que os julgadores não empregam a imputação objetiva na teoria do crime no caso dos desastres no trânsito envolvendo mortes, como nos atropelamentos, absolvendo muitas vezes o condutor do veículo por culpa exclusiva da vítima; quando, na verdade nem sequer houve uma conduta típica, tendo em vista a concorrência de culpas, e a imputação objetiva da conduta no âmbito da responsabilidade da vítima.

Pois é justamente nesse âmbito que se pensa a imputação da responsabilidade penal aos autores de invasões de terras, ou para aqueles que se organizam em reunião e associação para promover esse tipo de prática, no momento em que na origem do risco também se tem a participação da vítima na sua realização. Acentua-se que deve ser o titular do bem jurídico aquele que atua junto ao autor do risco, para que ele seja produzido e assim se arvora a responsabilidade da vítima.⁷

Para se atribuir responsabilidade à vítima, deve-se pensar num princípio de autorresponsabilidade que consiste numa liberdade de organização de um detentor de um bem jurídico, onde lhe é conferida autonomia no exercício da titularidade do direito sobre esse bem, sem que haja uma intervenção instrumentalizante do autor do risco. Deve inexistir também um dever de cuidado do autor que produziu o risco em relação à vítima, pois desta forma o âmbito de responsabilidade por delito culposos fica excluído, na imputação de um determinado resultado danoso que venha a suceder o risco. No caso do grande latifúndio, prevalece por norma constitucional a função social da propriedade, limitando-se o exercício desse direito aos detentores de glebas no meio rural, não impossibilitando que centenas de trabalhadores venham a ocupar essas propriedades, sem que pratiquem conduta típica alguma. O expediente da criminalização é o de considerar essas atividades como típicas, no momento em que a conduta é exercida e acaba por ser subsumida num tipo penal, e não quando ela é relevantemente produtora de um risco que o sistema jurídico não possa tolerar.

Pela teoria de Roxin, faz-se uma comparação de uma conduta hipotética que observe um risco permitido e a conduta realizada pelo autor de uma conduta considerada típica. Se a conduta adotada pelo autor aumenta a possibilidade de lesão em relação àquela conduta hipoteticamente permitida, tem-se um tipo consumado. Ao contrário, se o risco não incrementa a conduta do autor, não há de se falar em imputação do resultado.⁸ Ocorre que se houver dúvida quanto à produção ou não de um risco não permitido para a produção de um resultado lesivo, imputa-se ao autor esse risco desde a sua criação, sendo ele responsável penalmente pelo resultado produzido. Sánchez cita a teoria de Schunemann, que reformulou posteriormente a teoria de Roxin, afirmando que se a regra de cuidado se mostra útil para manter o risco em níveis permitidos, deve-se imputar o resultado produzido com o risco. Assim, para os delitos culposos, por exemplo, havendo dúvida quanto à existência de um risco, aplica-se uma responsabilidade ilimitada pelos riscos, como se o homem fosse inteiramente responsável pelos seus atos, toda vez que praticasse uma ação inadequada.

Quanto aos delitos dolosos, Roxin entende que a teoria da imputação objetiva acaba por estreitar a dimensão do dolo na realização do tipo objetivo, visto que na preponderância de um desvio causal no curso da ação e seu resultado, não há de se falar em imputação por dolo, uma vez que o tipo não se encontra totalmente preenchido pela ausência de previsão total do autor do fato de seu nexos causal.⁹ De fato, não haveria como se responsabilizar como criminosos, militantes de movimentos sociais que ingressam em propriedade alheia a fim de promover ocupações de terras por seus similares, se não se encontra comprovada na esfera subjetiva da conduta do realizador do ato, um conhecimento especial do autor do fato acerca da criação de um perigo ou de um dano que venha realmente a se realizar, como o caso daqueles posseiros que entram dolosamente nas propriedades, tão somente para furtar ou roubar objetos encontrados no interior das fazendas. Roxin não quer dizer que fatores subjetivos não são importantes no momento da imputação, mas de que tão somente eles não se constituem como valorativamente relevantes sob o ponto de vista jurídico na formação do tipo objetivo, mas

sim se somam a ele quando realizados. Ele altera a importância da finalidade em relação ao tipo, colocando o tipo como valorado juridicamente, para somente após atribuir um sentido finalístico a ação promovida pelo autor do fato, que já se concretizou objetivamente.

INCREMENTO DO RISCO E CRIMINALIZAÇÃO

Um dos problemas encontrados na teoria estudada por Roxin diz respeito ao chamado “incremento do risco”, no caso de condutas onde concorrem riscos permitidos e não permitidos, e não é seguro imputar o resultado a um risco determinado, se, hipoteticamente, poderia o autor agir numa conduta conforme o direito. Isso acontece quando não há prova de que foi efetivamente a conduta realizada pelo autor que realizou o dano.¹⁰ Nesse momento ocorre um problema na teoria de Roxin, quando transforma delitos de dano que não tem autoria comprovada em delitos de perigo, para desta forma atingir o autor. Numa concorrência de riscos, há a necessidade de se verificar qual foi o risco que surgiu posteriormente e foi determinante para o resultado, e o transcurso de tempo entre a conduta realizada e seu resultado.

Sobre isso, também se pronuncia Feijóo Sánchez, quando comenta a teoria do incremento do risco de Roxin, propondo em seu lugar uma doutrina finalista da ação, a fim de afastar a concorrência dos riscos não permitidos com os permitidos. Quando ele utiliza o critério do “fim de proteção da norma”, Sánchez emprega o pensamento de Gimbernat Ordeig, ao analisar condutas em que o autor cria um risco não permitido, mas o resultado danoso se torna consequência de um risco permitido, entendendo que a norma penal somente desvaloriza certos riscos, fazendo com que o resultado de uma conduta só seja típico, porque se supõe que ocorreu um risco igualmente típico, mas não se atribui tipicidade a um risco permitido que acompanhe o não permitido. O que ocorre é que na teoria do “fim de proteção da norma” se há uma concorrência de riscos típicos e riscos permitidos, é preciso verificar se a realização de um resultado foi produzida por um risco típico. O princípio básico dessa teoria é de que a norma de conduta (norma de cuidado) só diz respeito a determinados riscos, não tendo que evitar a realização de riscos permitidos, diferentemente da teoria do incremento do risco, que, ao contrário, expande a responsabilidade do autor de uma ação a todos os riscos que, eventualmente, ele possa ter produzido¹¹. Isso tem uma repercussão aguda no caso das ações praticadas por integrantes de movimentos sociais, como no caso do MST, em episódios que envolvem invasões de propriedade; onde, no momento em que ingressam ilegalmente nessas referidas propriedades, seus integrantes já se encontram responsáveis por toda sorte de riscos que possam vir a ser produzidos, dos permitidos aos não permitidos em condutas eventualmente culposas realizadas pelos participantes desses movimentos (crimes de dano, destruição de equipamentos, acusações de furto por desaparecimento de objetos, morte de animais que são abatidos como alimento, incêndios em plantações etc).

Quanto às condutas dolosas, Sánchez informa que a teoria do incremento do risco de Roxin encontrou um oponente à altura, na seara da discussão sobre a imputação objetiva de condutas, chamada “doutrina finalista da ação”. Por essa teoria, a delimitação do tipo estaria relacionada com as possibilidades de motivação dos sujeitos envolvidos com a ação, teria relação com a finalidade do autor. Contudo, Roxin repudia essa concepção por entender de forma diversa do finalismo, acerca da relação entre ação, finalidade e tipo.¹² Para ele, o sentido da ação, tornando-a típica ou não, não é dado por conceitos pré-jurídicos, externos ao mundo do direito e dos valores cultivados pelas normas jurídicas, pois esses conceitos necessitam de valoração jurídica, para aí sim configurarem um tipo cuja finalidade é indicada por considerações jurídico-valorativas. Nesse sentido a concepção de Roxin aproxima-se do conceito do direito enquanto um sistema autopoietico, conforme a teoria sistêmica de Luhmann, ao entender que o conceito de ação e sua finalidade só podem ser retirados do próprio sistema do direito. Agora a maior contribuição de Roxin é transferir a teoria da imputação objetiva para o delito

doloso, no momento em que ele indica que o objeto do dolo não é a causalidade, criticada pelo finalismo, mas sim a existência de um risco desaprovado pela norma penal.¹³

Acerca da proibição do regresso, também merece destaque à menção de quanto esse conceito pode ser aplicado aos movimentos sociais, quando da não responsabilização dos integrantes desses movimentos por práticas dissociadas da agremiação, que pela sua virulência produzem polêmica e passam a ser objeto de crítica e questionamento nos meios de comunicação e tiveram, como no caso do Rio Grande do Sul, uma grande intervenção policial e punitiva. Roxin já estabelecia sua crítica ao *regressum ad infinitum* da teoria causal da ação, quando, na teoria causal, baseada na equivalência dos antecedentes, toda e qualquer circunstância poderia ser convertida para a realização de um resultado. Abria-se um amplo espectro de criminalização e penalização de condutas quando, toda vez que ocorresse um resultado danoso, fosse possível ao legislador todos os que de alguma forma participassem dele (por exemplo: na estimativa dos danos produzidos em uma fazenda por conta de uma ocupação de integrantes dos sem-terra, todos os que participassem da invasão deveriam arcar com a responsabilidade pelo dano praticado, sendo imputadas suas condutas, independente da finalidade). A proibição do regresso impediria que movimentos como o MST fossem taxados pelos órgãos de controle como organizações criminosas, uma vez que o comportamento de alguns de seus integrantes na realização de tipos penais preenchidos pelo dolo, não poderiam comprometer os demais, excluindo-se a imputação objetiva do comportamento, conforme pensa Jakobs ao interpretar esse instituto.¹⁴ Não se pode responsabilizar, por exemplo, um militante do movimento que, numa assembléia, ao defender ideologicamente a luta armada como estratégia de ocupação de terras, face o conflito com latifundiários, depara-se com a situação de que alguns de seus ouvintes levaram ao pé da letra seu discurso, e armados de foices atacaram jagunços de uma determinada propriedade, vindo a lesionar ou mesmo matar algum deles.

Jakobs opera um redimensionamento dos conceitos de autoria e participação, ao se referir à proibição do regresso nos casos em que é necessária uma concepção unitária de injusto em que atuem vários autores, numa espécie de injusto coletivo¹⁵. Se o campo do punível tem que ser dado objetivamente e não subjetivamente, ou seja, não depende da vontade dos participantes da ação, mas sim que sua participação no delito é dada objetivamente, essa objetividade é dada em termos comunicativos, em que o significado da ação de um também importe a todos os demais. Resumindo, para apurar o grau de comprometimento de cada um para o resultado delitivo, é necessário que na prática de uma conduta seus envolvidos estejam entrelaçados num projeto comum de realização da prática delituosa.

Assim, mediante a adoção de critérios quantitativos e não qualitativos, restaria ao intérprete da norma penal verificar no âmbito de certas condutas, até que ponto uma participação culposa numa ação dolosa tem realmente tipicidade¹⁶. O que trata por dizer até que ponto pode ser feita a exclusão da imputação de alguém no momento em que este não pode responder por um resultado, que, necessariamente não concorreu. A teoria pode ser aplicada, por exemplo, nos casos de invasões de terra, como já foi comentado, em que um integrante de um movimento não pode responder por eventuais danos produzidos por alguns de seus integrantes, durante episódios de ocupações de propriedades fundiárias.

Outro problema encontrado na teoria de Roxin, e aí que prepondera a crítica de Jakobs é de como ele funda seu princípio da imputação objetiva, firmado em imperativos de política criminal voltados para a proteção de bens jurídicos. Risco só existe para Roxin por que afetam bens jurídicos e para ele é para isso que se destinam as normas penais: a tutela de bens jurídicos. Jakobs não esposa do mesmo entendimento, entendendo, ao contrário, que as normas penais não protegem bens jurídicos, mas sim pessoas.¹⁷ Na verdade ao se relacionar com os bens, as normas não mantêm relação com entes inanimados, mas sim com as pessoas que são titulares desses bens, impedindo que eles sejam ameaçados para que essas pessoas não sejam atingidas. O bem esconde

por trás de si uma expectativa garantida, que é isso que fornece a proteção das pessoas, pois a sociedade é feita de indivíduos e não de possuidores de bens, que desejam que as normas assegurem entre eles um mínimo de convivência. Jakobs faz sua leitura da teoria da imputação objetiva vendo o crime não como uma lesão a um bem, mas como a infração de um papel, pois quem age em sua conduta conforme um risco permitido, atua segundo um papel, um modelo de comportamento que age dentro de âmbitos de responsabilidade.¹⁸ Aquele que não lesa, não é aquele que é incapaz de produzir qualquer efeito relevante que afete um bem, mas sim é aquele que não é responsável por uma lesão produzida a outrem. Em outras palavras, quando se argumenta que no caso das invasões de terra o que está se afetando é o direito à propriedade, na verdade está se afirmando que não é a propriedade o fator causal condicionante para que uma dada ação seja considerada típica, mas sim ver até que ponto o ato de invadir terras pode corresponder a um papel reprovado pela norma, e fora das expectativas daqueles que vivem numa sociedade gritantemente desigual, de excluídos que vão buscar ocupar o que não tem, e incluídos que podem ou não dispor de seus bens ou deles manifestar interesse. É justamente nesse sentido que desperta uma visão crítica e sociológica do fenômeno criminal, bem ao gosto das teorias da reação social, pois alguns indivíduos podem atuar em seu risco próprio, sendo, inclusive, autores responsáveis pela manutenção ou destruição de seus bens, não servindo o bem como critério para uma efetiva imputação de conduta.

Na verdade, a ênfase ao bem jurídico e a defesa do direito de propriedade, como mote para um processo de criminalização daqueles que se dedicam à ocupação de terrenos e bens imóveis, não pode contemplar a adequação típica de condutas relacionadas com uma ilicitude de bens, tais como os crimes contra o patrimônio como o furto ou roubo. Nessas figuras típicas a valoração de conduta é dada juridicamente dentro de um espectro de expectativas em que possuidores de algum bem não venham a ser prejudicados por terceiros, no exercício da titularidade de um direito, por via de uma conduta dolosa, mas não encontram relação com os atos praticados por integrantes de movimentos sociais, quando tais ações são o reflexo do exercício de outros direitos, tais como: o direito à moradia e a liberdade de trabalho. É o paradigma positivista de direito, propiciador de solipsismos e discricionariedades na interpretação de normas jurídicas, e um franco processo estrutural de expansão punitiva no funcionamento do sistema social, que condicionam o surgimento de processos de criminalização de condutas, e a forçada caracterização de movimentos sociais como organizações criminosas paramilitarizadas. É preciso entender até que ponto o conceito de sociedade firmada sob a égide do modelo de pensamento liberal-positivista, foi fundamental no desenvolvimento do Estado burguês, para o surgimento de uma economia punitiva pautada pela punibilidade e não apenas pela coerção.

IMPUTAÇÃO OBJETIVA E FINALISMO: A CRIMINALIZAÇÃO DO MST NO RIO GRANDE DO SUL

Quanto à imputação objetiva por riscos não permitidos, no caso da aplicação dos artigos 16, 17 e 20 da Lei nº 7.170/1983 às condutas praticadas pelos militantes do MST no Rio Grande do Sul, principalmente nos últimos anos, através dos recentes governos estaduais que ocuparam o Palácio Piratini, compete aqui fazer um contraponto, utilizando aspectos do finalismo, analisados por Gracia Martín, a fim de observar até que ponto a criminalização de um movimento social pelo Ministério Público gaúcho, colocando-o na condição de uma organização paramilitar ou terrorista é possível, diante das ponderações que podem ser feitas sobre o acerto ou não de empregar essa teoria num processo de expansão punitiva e conseqüente tipificação de condutas de indivíduos, que realizam em grupo movimentos de protesto ou do exercício do direito de rebelião, ante condições sociais esdrúxulas.

Em primeiro lugar, o citado artigo 16 trata da conduta punível de quem integrar ou manter algum tipo de agrupamento (associação, partido, comitê, entidade de classe ou qualquer grupamento) que possua como

objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de direito, por meio de atos violentos ou com emprego de grave ameaça, prevendo uma pena de um a cinco anos de reclusão. Já o artigo seguinte, trata da conduta individualizada (sem a presença de grupo) de tentar individualmente mudar o regime vigente ou o Estado de direito também se valendo de violência ou grave ameaça. Já o artigo 20, que também interessa a este estudo, estabelece que a conduta do núcleo do tipo conhecido como terrorismo, caracterizada pelos verbos “devarstar,” “saquear”, “roubar”, “sequestrar”, “manter em cárcere privado”, “incendiar”, “depredar”, “provocar explosão”, “praticar atentado pessoal” ou atos de terrorismo, por motivos de inconformismo político ou para a obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas, enseja a aplicação de uma pena mínima de dois anos e de uma pena máxima de dez anos de reclusão. São dez verbos que se relacionam com condutas exaustivamente tipificadas pelo Código Penal, com a punibilidade prevista no âmbito do direito penal ordinário, mas que aqui são lidadas como uma modalidade especial de ilícito, como se o âmbito de imputação de conduta levasse a uma distinção entre o tipo objetivo e o subjetivo incutido pela finalidade específica de “mudar o regime vigente ou o Estado de Direito”, algo que pode ser questionado ao se analisar os pressupostos metodológicos da teoria penal que sustenta essa dicotomia.

Ora, percebe-se que em seu conjunto, os artigos 16, 17 e 20 da Lei nº 7.170/1983 carecem de um maior subterfúgio constitucional, onde uma vez que podiam adquirir sua plena validade e eficácia durante o período mais autoritário do regime militar instaurado no país por vinte anos; mas totalmente destoantes num regime democrático. Pergunta-se qual é o risco produzido por indivíduos que se associam em grupos, seja lá por quais vinculações político-ideológicas, uma vez que a própria Constituição garante as liberdades de reunião e associação.

Ao criticar à separação entre tipo subjetivo e objetivo nas teorias antifinalistas, Martín afirma que, na verdade, não prospera essa separação no momento da imputação, porque o tipo objetivo e subjetivo de uma conduta encontram-se fundidos numa mesma unidade de sentido¹⁹. Martín indaga até que ponto é possível identificar o tipo objetivo de uma ação delituosa praticada, tão somente pela realização de uma ação, sem levar em conta o conteúdo da vontade direcionadora dessa ação. A teoria da imputação objetiva opera quando se comprovam que as circunstâncias que permitem a imputação pelo tipo objetivo (realização do risco não permitido), para, a partir daí, numa segunda fase do processo de imputação, ser verificado até que ponto o dolo (localizado no tipo subjetivo, independente do objetivo), concorreu para o resultado delituoso. Martín entende que esta forma de proceder requerida pela teoria da imputação objetiva esbarra em graves contradições, no momento em que a questão da criação de um perigo penalmente relevante não pode ser feita abstraindo-se a vontade do autor na realização do resultado. Para considerar uma conduta perigosa, produtora de riscos, não basta que o autor do fato tenha conhecimentos necessários sobre as circunstâncias do fato, para poder ter agido dessa ou de outra maneira na produção de um resultado delituoso, é necessário que ele tenha a vontade de produzir tal resultado.

Assim, no tocante à aplicação do artigo 16 para punir integrantes de grupos ou o 17 da Lei de Segurança Nacional, para punir condutas individuais isoladas de militantes do MST no Rio Grande do Sul, torna-se necessário distinguir até que ponto essa separação entre tipo objetivo e subjetivo se torna prejudicial a todos aqueles que podem estar potencialmente submetidos a um âmbito de imputação, tão somente por fazerem parte de um comitê ou grupamento. Trata-se de uma interpretação precária, concluir pela imputação como organizações subversivas ou violentas, aqueles movimentos que, supostamente, possam vir a ingressar na subsunção legal da norma do artigo 16, quando não se comprova o dolo de praticar em grupo atos de violência ou grave ameaça, com o intuito de modificar o regime. Sabe-se que em qualquer organização, dentro de

qualquer sociedade democrática, é permissível ver-se agremiações, associações ou partidos políticos que podem pregar a luta armada ou o advento de processos revolucionários violentos, como parte de argumentação de seu discurso ideológico. Isso é mais do que previsível na sociedade brasileira de hoje, por exemplo, que admite o pluripartidarismo e a liberdade de expressão. Resta saber até que ponto os atos violentos e condutas típicas descritas no artigo 20 do citado diploma legal, podem ser suficientes para entender que aqueles que se adéquam ao rol taxativo de aplicação da lei penal, estão comentando tais condutas com o dolo específico de produzir qualquer perigo ou dano que seja à integridade institucional de um regime político-social.

Como provar, por exemplo, que um indivíduo, ao ingressar num movimento político social, seja um partido político ou um grupo de *skinheads*, estará atentando contra a democracia, o Estado de Direito e o regime vigente, pelo simples fato de, como diz o artigo 16 citado, “integrar ou manter associação” cujos propósitos políticos sejam a alteração do regime, de forma pacífica ou através da pregação da tomada de poder pelas armas? O que se pune em si são as condutas dolosas de se promover roubos, seqüestros, ameaças, homicídios ou quaisquer atos violentos materializáveis que produzam danos em si e lesões a outrem, por serem crimes, puníveis no ordenamento e não pelo simples fato dos grupamentos aos quais são compostos por esses indivíduos terem o propósito ideológico de praticar essa ou aquela ação questionadora da ordem vigente. O ônus da conduta proibida, segundo Martín, só é acarretado a quem a pratica por conta de uma unidade de sentido que unifica numa mesma singularidade causal-final a ação praticada e a vontade pretendida na realização da ação considerada típica, e, nesse sentido, evita-se uma expansão punitiva desnecessária, que visa somente tolher a liberdade de organização de movimentos, do que propriamente coibir condutas individuais praticadas ilicitamente.

Entretanto, se a teoria da imputação objetiva entende que o delito doloso é aquele em que o dolo está fora do tipo objetivo, e que somente são puníveis àquelas condutas cuja imputação recorre a critérios normativos e não subjetivos, então não se poderia, em contrapartida, punir uma conduta dolosa mesmo que seu autor confesse uma vontade de realização, tendo em vista que esta teoria não recorre a momentos subjetivos. Ao citar Welzel²⁰, Martín informa o quanto não são iguais dolo e finalidade. Na verdade, a finalidade é a vontade de realização de qualquer ação, enquanto que o dolo é a finalidade de se realizar uma ação típica; ou seja, é a vontade de realização dirigida à produção de um fato que o autor tem consciência de que se realizará. Mas como a teoria da imputação objetiva só se vale de critérios normativos e separa o tipo subjetivo do tipo objetivo, nada disso tem importância no momento primordial da imputação, pois o que interessa inicialmente é a configuração do risco como fator de perigo objetivamente considerado pela norma, e não na correlação do ocorrido com a vontade de que um determinado resultado danoso seja confirmado. Em diversas situações, pode-se ver o quanto tal concepção pode ser empregada tanto para refluir uma expansão punitiva (na proibição do regresso), quanto pode expandir as possibilidades de imputação, pela extensão do tipo penal (a materialização de riscos não permitidos pela norma ou a criação de novos riscos também proibidos, desconsiderados de seu aspecto subjetivo).

Por fim, reunindo as considerações que podem ser empregadas quanto ao emprego da doutrina da imputação objetiva no mundo globalizado de hoje, mormente no delicado aspecto da expansão punitiva que se dá contra potenciais produtores de risco e eventuais agentes promotores de perigos, é importante notar até que ponto nos imperativos de política criminal pode essa reflexão teórica contribuir ou não para um processo evolutivo de criminalização dos movimentos sociais, com a extensão de tipos penais herdados do período da ditadura militar até a recente democracia brasileira, para coibir condutas que, constitucionalmente, estão asseguradas no marco do ordenamento jurídico como a liberdade de associação ou de reunião. O emprego de

dispositivos da anacrônica Lei de Segurança Nacional parece senão errônea, no mínimo temerária, diante de sua incompatibilidade com o princípio democrático e a possibilidade de uma abertura comunicativa na recepção de discursos de inclusão social, que recepcionem novos direitos, tais como o reconhecimento da liberdade de expressão por meio do exercício do direito de protesto e rebelião, ou, no caso do Movimento Sem-Terra, na consagração do direito à terra, ao trabalho e à moradia.

Possivelmente a partir da crítica que possa ser feita aos pressupostos filosóficos do direito moderno, nos moldes do paradigma liberal-positivista, pode-se encontrar as raízes de um movimento de expansão punitiva e de concomitante exclusão social presentes no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na fabricação artificial de supostos “inimigos” do sistema jurídico-social, que podem ser elencados mediante uma observância dos postulados de prevenção geral positiva, da definição do regime de liberdades e da distinção entre indivíduos e pessoas, que pode ser encontrada no pensamento de Gunther Jakobs.

CONCLUSÃO

As observações estabelecidas acerca do referencial teórico estudado não se arvoram na pretensão de solucionar o problema metodológico da deliberação da expansão punitiva e nem numa tentativa abrupta de frear um indiscriminado processo de criminalização de condutas, tendo em vista a complexidade das relações entre Estado e indivíduo, mormente entre Estado e grupos sociais organizados, no que tange à manutenção de liberdades e preservação de direitos fundamentais, diante do advento de riscos sociais que acabam por se converter em riscos individuais, durante o citado processo de criminalização.

Talvez uma das alternativas à reação punitiva empreendida por algumas correntes teóricas, como a defendida por Jakobs, seja compreender até que ponto pode ser conferida legitimidade normativa a movimentos sociais como o MST, na esteira de um processo democrático que caracteriza do Estado Constitucional de Direito, nas sociedades onde a modernidade traduz-se mais pelo reconhecimento de direitos (enfaticamente os direitos sociais), do que pela supressão de direitos, por via de uma produção precipitada de tipos incriminadores, que perigosamente podem contribuir para a derrocada dos avanços dessa sociedade contemplada com momentos históricos mais democráticos.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva – lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. Gunther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís, LYNETT, Eduardo Montealegre, JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Canciό. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MARTIN, Luis Gracia. *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- MELLIÁ, Manuel Canciό; CALLEGARI, André Luís. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. GONZÁLEZ, Carlos Suárez, MELIÁ, Manuel Canciό. *Um novo sistema do direito penal – considerações sobre a teoria de Gunther Jakobs*. Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole.
- ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Estudos de direito penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijόo. *Teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri/SP: Manole, 2003.

NOTAS

- ¹ Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, Mestre em Ciências Sociais (Política) pela PUC/SP, Doutorando em Direito Público pela UNISINOS, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Maurício de Nassau, Delegado de Polícia Civil, Professor da Pós-Graduação em Direitos Humanos e Processos de Gestão de Segurança Pública da EST/RS, em convênio com o PRONASCI/MJ.
- ² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 25.
- ³ *Ibid.*, p. 107.
- ⁴ *Id.*, p. 109.
- ⁵ MELLÍÁ, Manuel Cancio, CALLEGARI, André Luís. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. In: CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 63-64.
- ⁶ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 106-108.
- ⁷ *Ibid.*, op. cit., p. 71.
- ⁸ SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri/SP: Manole, 2003, p. 38.
- ⁹ ROXIN, Claus, op. cit., p. 119.
- ¹⁰ CALLEGARI, André Luis, MELIÁ, Cancio. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80-81.
- ¹¹ *Ibid.*, op. cit., p. 50-51.
- ¹² *Id.*, p. 64-65.
- ¹³ *Id.*, p. 68.
- ¹⁴ *Id.*, p. 66.
- ¹⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do direito penal-considerações sobre a teoria de Gunther Jakobs*. Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 93.
- ¹⁶ CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva-lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41.
- ¹⁷ JAKOBS, Gunther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Cancio. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.
- ¹⁸ *Ibid.*, op. cit., p. 38.
- ¹⁹ MARTÍN, Luis Gracia. *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 63-64.
- ²⁰ *Ibid.*, p. 70.