

## A BASE INTERCULTURAL DO SISTEMA PENAL

### THE INTERCULTURAL BASE OF CRIMINAL SYSTEM

Emiliano Borja Jiménez<sup>1</sup>

Tradução de Paulo César Busato<sup>2</sup>

#### RESUMO

O presente artigo trata das possibilidades de formação de uma base intercultural mínima para a estruturação do Direito penal. Para tanto, estabelece uma análise da tensão entre princípios e propõe a tutela dos direitos humanos como fórmula de consenso para identificação de um núcleo comum de garantias que possa constituir o fundamento último de um sistema penal unificado.

Palavras-chave: Princípios de Direito penal. Consenso. Tutela de Direitos Humanos. Direitos e Garantias Fundamentais. Sistema Penal.

#### ABSTRACT

This article discusses the possibilities for establish a minimum for structuring intercultural basis of criminal law. To do so, make an analysis of tension between principles and proposes of protection of human rights as a consensus formula to identify a common core of guarantees that could constitute the foundation of a unified criminal system.

Keywords: Principles of Criminal Law. Consensus. Protection of Human Rights. Fundamental Rights and Guarantees. Criminal System.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência (Espanha). *E-mail*: emiliano.borja@uv.es

<sup>2</sup> Doutor em problemas atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha). Professor da graduação, mestrado e doutorado da Universidade Federal do Paraná e da FAE Centro Universitário. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

# 1 ABORDAGEM DA QUESTÃO

Tratando perspectivas muito diversas, tanto desde o Direito Penal Internacional quanto desde o Direito comparado, passando pelo Direito Penal intercultural, bem como desde a metodologia dogmática, é possível apreciar algumas chaves universais do sistema penal atual<sup>3</sup>. Os fundamentos de dignidade humana e segurança jurídica; o princípio de lesividade social; o catálogo tradicional de delitos; certo caráter retributivo da pena<sup>4</sup> e seus fins preventivo-gerais e preventivo-especiais<sup>5</sup>, assim como o mecanismo de mediação no Direito Penal material e adjetivo, parecem constituir as bases sobre as quais se estrutura o edifício de todo Direito Penal.

O modelo de referência que aqui se utilizou, representado pelo direito sancionador de certas comunidades indígenas da América Latina<sup>6</sup>, coloca de manifesto duas evidências:

---

<sup>3</sup> Em relação aos elementos comuns que se pode encontrar na maioria dos sistemas penais, tomarei as conclusões vertidas em meu trabalho BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. v. 1. p. 223-256.

<sup>4</sup> Também existe certo consenso e, portanto, certa universalização do conceito de pena. A partir da obra de autores como Gallas ou Jescheck, há um majoritário acordo em considerar a pena como um juízo de desvalor ético-social e público sobre o autor por causa da lesão do direito perpetrada culpavelmente. Com efeito, as características que derivam desta definição parecem apresentar-se de forma comum em todo sistema penal. E nesse sentido cabe destacar que a pena sempre apresenta este acento negativo e sempre tem, portanto, o caráter de um mal, ainda que se quisesse impor a favor do condenado. O mal inerente à pena consiste na voluntária ingerência na esfera de direitos do condenado (liberdade, patrimônio, tempo livre, imagem social), pois precisamente ali encontra-se a expressão da reprovação pública na medida em que a pena afeta lesivamente a posição jurídica do réu. A negação do caráter de mal da pena não significaria outra coisa além da negação do conceito de pena. Nesses termos se expressa KÜHL, Christian. Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 116, n. 4, Dec. 2004. p. 877.

<sup>5</sup> Com exceção do Direito Penal internacional, onde existe certo acordo em considerar que os fins mais relevantes são os retributivos e de prevenção geral. Assim se manifestam, a título de exemplo, TULKENS, François; BEERNAERT, Marie-Aude. Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l'homme? In: MÜLLER-DIETZ, Heinz et al. (Hrgs.). **Festschrift für Heike Jung**: zum 65. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 1010.

<sup>6</sup> Para determinar quais eram os parâmetros comuns a todo direito penal, no trabalho anteriormente citado, tomei como referência minhas próprias investigações sobre sistemas sancionadores indígenas na América Latina, parâmetros que foram analisados comparativamente com os estabelecidos no sistema penal ocidental. A respeito, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. **Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001; Id. Derecho penal y derecho indígena: cuatro tesis. In: FLORES GIMÉNEZ, Fernando (Coord.). **Constitución y pluralismo jurídico**. Quito, 2004. p. 111-152. *Id.* ¿Existe el derecho penal indígena? **Conferencias Magistrales**, n. 13. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005; *Id.* Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena. In: \_\_\_\_\_. **Diversidad cultural**: conflicto y derecho. Nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 259-372; *Id.* Sobre los ordenamientos

em primeiro lugar, que alguns princípios, como os de legalidade, culpabilidade ou exclusiva proteção de bens jurídicos, não são universais (nem sequer o são, no que refere ao primeiro e ao último, nos sistemas ocidentais), assim como tampouco certas categorias (ou seja, determinados fatos delitivos e classes de penas); em segundo lugar, que podem existir outros postulados diferentes que ocupam o lugar dos anteriormente mencionados, como os princípios da reciprocidade, do equilíbrio ou da paz social. Essas discrepâncias se explicam nitidamente tomando em consideração algumas diferenças estruturais que se encontram nos distintos modelos de convivência, o ocidental e o indígena (critérios individualista ou comunitário, relação de domínio ou integração entre o ser humano e seu entorno natural, concepção lógico-causal ou místico-espiritual da realidade, durabilidade étnica ou perigo de extinção e constante necessidade de subsistência, entre outros).

A globalização econômica está provocando, por sua vez, um processo dialético no qual tanto se produz uma extensão da cultura e de valores ocidentais quanto se potencializam as tradições próprias e idiosincrasias étnicas de cada povo. Dito processo dialético, como se destacou em outro lugar<sup>7</sup>, afeta tanto o universal quanto o particular do sistema penal.

Por um lado, a globalização está incidindo na aceitação da democracia e dos direitos humanos como forma de coexistência válida para todos os rincões do Planeta, dado que com tal aceitação se abrem também novos mercados e se liberam as leis da concorrência. No entanto, por outro lado, semelhante esmagadora maquinaria da civilização ocidental está, ao mesmo tempo, provocando movimentos de defesa para manter a identidade, a própria cultura e a tradição dos grupos humanos que se veem afetados por aquela (movimentos antissistema no Ocidente, fortalecimento das posições fundamentalistas islâmicas no mundo muçulmano, extensão do socialismo populista na América Latina, revitalização do movimento indígena etc.).

Um segundo processo dialético se produz no seio da globalização econômica, entre sua ideologia da eficiência e a pretendida universalidade dos direitos humanos.

---

sancionadores originarios de Latinoamérica. In: BERRAONDO LOPES, Mikel (Coord.). Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos; Universidad de Deusto, 2006. p. 663-683; Id. Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica. In: HURTADO POZO, José (Dir.). Derecho penal y pluralidad cultural. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006-2007. (Anuario de Derecho Penal). p. 101-152; Id. Derecho indígena sancionador y derechos humanos. In: GIRAUDO, Laura (Ed.). Derechos, costumbres y jurisdicciones en la América Latina contemporánea. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 185-213.

<sup>7</sup> Ver, neste sentido: *Id.* Globalización y concepciones del derecho penal. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 29, p. 141-206, 2009. Disponível em: <<https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4146/1/04.Borja.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2016.

Assim, para procurar-se o domínio do mercado mundial, a globalização se rege por uma ideologia neoliberal que impõe os critérios “cientificistas” da eficiência e das cifras positivas das contas de resultados de toda atividade, individual e social. Precisamente aqui os aspectos valorativo e humano, em termos de dever ser, representam obstáculos frente às frias estatísticas da macro e da microeconomia. Mas, por sua vez, os verdadeiros agentes econômicos da mundialização, as empresas multinacionais, requerem dos valores da democracia e dos direitos humanos para encontrar uma legitimidade e uma maior segurança jurídica a respeito das regras às quais se submete sua implantação. Por isso, é possível observar concepções penais que procedem da ideologia da globalização, como o funcionalismo, o Direito Penal do inimigo ou o Direito Penal simbólico, que emergem de tal pensamento, e que se afastam, em parte, do fundamento do sistema penal baseado na condição humana. Mas também se comprova que os modelos interculturais ou a internacionalização do Direito Penal, que se baseiam em um entendimento comum dos direitos do ser humano, veem-se favorecidos pelos processos de mundialização econômica.

Este mesmo desenvolvimento dialético se levou em consideração na presente investigação, na medida em que discorre constantemente desde as pautas mais universais (daí sua origem no Direito Penal da globalização) até as mais particulares (aqui representadas pelo direito sancionador indígena).

Os aspectos diferenciadores entre as tendências universalistas e as particularistas foram se desvelando, recorrendo, principalmente, a quatro critérios que distinguem as formas de convivência ocidental da tribal ou aborígene (temática que foi abordada em outros trabalhos).

Aqui, no presente trabalho, pretende-se apontar ou revelar o fundamento que se encontra no comum às distintas categorias e instituições de todo sistema penal. De forma paralela, seguindo o critério metodológico comparativo que se acaba de assinalar, haveremos de começar estudando e verificando a estrutura geral que se acha em todo esquema de coexistência humana, qualquer que seja a cultura, tradição ou civilização na qual se encaderna.

Assim, foram observadas algumas diferenças de abordagem quanto aos limites da admissibilidade da gravidade das medidas coercitivas do sistema penal mercê da diversa concepção cultural de cada civilização. Exemplo disso é encontrado na difícil aceitação da pena privativa de liberdade, na idiosincrasia ameríndia, e no rechaço das sanções corporais, na idiosincrasia ocidental<sup>8</sup>. Surge então a questão da legitimidade destas medidas

---

<sup>8</sup> Em que pese os casos contidos nas Sentenças T-1294/05 e T-549/07 do Tribunal Constitucional colombiano, a respectiva comunidade indígena impõe ao acusado a pena de prisão por fatos muito graves, a famosa antropóloga colombiana Esther Sánchez Botero (que elevou a esta Corporação algumas

coercitivas dos distintos sistemas penais desde uma concepção cultural diferente. Este deve ser um bom ponto de partida desde o qual se pode estabelecer a dúvida metodológica que nos conduza ao fundamento último de todo sistema penal<sup>9</sup>.

Seguindo o modelo de referência do direito consuetudinário indígena, foi possível apreciar que é comum a aceitação de penas corporais (açoites, chibatadas, por exemplo) em muitos dos povos que têm direito próprio. A partir daí, seria necessário dar resposta à seguinte pergunta: o que ocorre com a formulação universal dos direitos humanos? Por acaso o fato de ser indígena, de possuir outro acervo cultural, outra cosmovisão do mundo, outra forma de existência individual e social, determina que as garantias individuais encontrem, por essa razão, um limite infranqueável em sua pretensão de tutela? Não gostaria de deixar passar por alto algumas considerações que, ao menos inicialmente, devem ser tidas em conta.

## 2 A TENSÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Visto desse modo, e desde uma proposta de legitimidade que tente a racionalizar a convivência entre todas as culturas e civilizações com a pretensão de reduzir ao máximo a violência, a questão pode ser formulada desde o entendimento de um conflito entre o princípio de respeito à diversidade cultural e o da obrigatória tutela dos direitos humanos universalmente reconhecidos.

Com efeito, encontramos-nos, em alguns casos, ante um conflito entre o princípio de diversidade étnica e cultural, que obriga o poder público a preservar o direito à diferença e à manutenção da própria idiosincrasia do grupo humano em questão; e o princípio de reconhecimento dos direitos fundamentais ao próprio integrante desse grupo humano (indígena, muçulmano, oriental, hindu etc.), que exige do Estado a tutela correspondente. O Tribunal Constitucional colombiano manifestou esta tensão entre ambos os princípios com um grande acerto<sup>10</sup>.

---

perícias antropológicas de grande relevância) assinala, na última das resoluções, que a pena privativa de liberdade não é recomendada pelas comunidades indígenas. Tanto é assim que o cumprimento nestes casos extraordinários se remete à justiça ordinária em um exercício de coabitação entre ambos sistemas jurídicos.

<sup>9</sup> Sigo, em parte, a argumentação exposta nos trabalhos recentes: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano *El derecho consuetudinario indígena como mecanismo de reducción de la violencia en Latinoamérica* (em prensa)... Op. cit.; *Id.* Derecho indígena sancionador y derechos humanos... Op. cit., p. 206 e ss.

<sup>10</sup> “Existe uma tensão entre o reconhecimento constitucional da diversidade étnica e cultural e a consagração dos direitos fundamentais. Enquanto estes filosoficamente se fundamentam em normas transculturais, pretendidamente universais, que permitiriam afiançar uma base firme para a convivência e a paz entre as

E, para resolver este conflito, estabelece-se uma concreta metodologia que transcorre através dos estágios que a seguir se enumera. Haverá então que postular-se em relação aos dois polos em tensão, o princípio de diversidade cultural, em primeiro lugar; a interpretação e entendimento atual dos direitos humanos, em segundo lugar.

Quanto ao princípio de diversidade étnica e cultural, recorrendo uma vez mais à grande qualidade científica da doutrina do Tribunal Constitucional colombiano, é preciso assinalar que a existência dele supõe o reconhecimento aos grupos humanos dentro de um Estado, ou aos povos dos Estados que integram a ordem internacional, para assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida, assim como seu desenvolvimento econômico e social, mantendo e fortalecendo suas identidades, línguas e religiões<sup>11</sup>.

O princípio de diversidade cultural, portanto, obedece “à aceitação da alteridade ligada à aceitação da multiplicidade de formas de vida e sistemas de compreensão de mundo diferentes dos da cultura ocidental<sup>12</sup>”, o que permite às comunidades humanas e aos indivíduos que as integram “[...] definir sua identidade com base em suas diferenças específicas e em valores étnicos e culturais concretos<sup>13</sup> [...]”. Também se afirmou, nesta ordem de coisas, que o postulado da proteção e o reconhecimento da diversidade cultural apresentam duas dificuldades ao intérprete: em primeiro lugar, sua generalidade, que conduz a um alto grau de indeterminação; em segundo termo, sua natureza conflitiva, que implica a necessidade de ponderação a respeito de outros princípios que gozam de igual hierarquia<sup>14</sup>.

Ainda que a interpretação do Tribunal Constitucional colombiano estivesse jungida aos problemas da autonomia jurisdicional indígena em matéria sancionadora e em seus limites na Colômbia, creio que sua validade se projeta no âmbito intercultural global e no específico marco do Direito Penal. É por isso que, seguindo o raciocínio apontado,

---

nações, o respeito à diversidade supõe a aceitação de cosmovisões e de *standards* valorativos diversos e até contrários aos valores de uma ética universal. Este paradoxo deu lugar a um candente debate filosófico sobre a vigência dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais. A plena vigência dos direitos fundamentais constitucionais nos territórios indígenas como limite ao princípio de diversidade étnica e cultural é acolhido no plano do direito internacional, particularmente no que tem a ver com os direitos humanos como código universal de convivência e diálogo entre as culturas e nações, pressuposto da paz, a justiça, da liberdade e da prosperidade de todos os povos” Sentença T-254/94. Esta doutrina foi continuada por outras relevantes resoluções, entre as que destacam as sentenças C-139/96, T-349/96, T-496/96 e SU-510/98.

<sup>11</sup> Sentença T-603/05.

<sup>12</sup> Sentenças SU-510/98, C-104/95 e T-380/93.

<sup>13</sup> Sentenças SU-510/98 e T-496/96.

<sup>14</sup> Sentença T-349/96.

a definição do princípio de diversidade cultural deve circunscrever-se ao perímetro do sistema penal e sua natureza conflitiva ser ponderada em relação ao princípio do respeito à vigência dos direitos humanos.

Em relação a tal axioma, é preciso ter presente que o sistema de valores da cultura ocidental se encontra em um plano de igualdade, em atenção à sua valoração e legitimidade, em relação ao sistema de valores de outras culturas e civilizações, posição que costuma manter-se com firmeza no plano teórico, mas que se vê transformada na realidade, onde muitas vezes se advoga a favor de uma presumida superioridade da tradição judaico-cristã do Ocidente.

O limite de toda cultura no exercício do *ius puniendi* que corresponda ao seu respectivo sistema penal tem que ser o respeito e a tutela dos direitos humanos. Daí que, em segundo lugar, seja necessário determinar até onde pode incidir a intensidade de sua afetação pelo conjunto de medidas coercitivas, sancionadoras ou cautelares, do Direito Penal material e adjetivo.

Neste sentido, cabe recordar os três pressupostos dos quais partem as concepções interculturais do Direito Penal. Isto é, em primeiro lugar, que o pensamento filosófico dos direitos humanos já não coincide com um catálogo concreto e determinado desses direitos. Em segundo lugar, onde se põe o acento no dado de que a teoria dos direitos humanos tem como missão principal proporcionar um núcleo universal integrado por elementos das diferentes culturas, onde cada civilização possa reconhecer-se e reconhecer às demais. Em terceiro lugar, tal e como se vem apontando nestes últimos parágrafos, é necessário reiterar que o acervo dos direitos humanos não é hoje patrimônio exclusivo da civilização ocidental, mas todas as culturas têm direito a refletir sobre sua imagem, e a ir integrando-os em seu seio, desenvolvendo-se conforme seus requisitos, mediante os correspondentes processos de aprendizagem e transformação<sup>15</sup>.

Por outro lado, o postulado da universalidade dos direitos humanos encontrou vários fundamentos. A estes efeitos, desejaria assinalar que aceito aquelas teses que interpretam o conteúdo desses direitos humanos como conjunto de estados de valor ou de necessidades objetivas que são absolutamente indispensáveis para reconhecer o ser humano como ser espiritual e moral, como sujeito e agente de sua própria existência, e não como meio de objetivos e fins coletivos. Se é certo que todo poder público deve garantir não só o reconhecimento, mas a própria tutela destes direitos fundamentais de

---

<sup>15</sup> HÖFFE, Otfried. **Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. p. 79.

todos seus cidadãos, também é verdade que, de igual forma, deve preservar os direitos coletivos de determinados grupos humanos residentes em seu território e que constituem a plataforma da própria idiossincrasia, acervo cultural, tradições, costumes, religião, e, em última instância, de sua compreensão do mundo e forma de existência vital<sup>16</sup>.

### 3 O CONSENSO SOBRE A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

É possível, portanto, encontrar um mínimo consenso sobre a necessidade de vigência dos direitos humanos em toda cultura e tradição, ainda que tal mínimo consenso se centre em um âmbito muito estrito e com interpretações diferentes. A este respeito, se afirmou que culturas como a indígena, a japonesa ou ameríndia aceitam também este consenso, mas tendo presente duas considerações. A primeira colocaria o acento no fato de que todo direito acarreta seu respectivo dever de obrigação – os direitos humanos não constituiriam nenhuma exceção. A segunda, ressaltada aqui, postula a necessidade de interpretar as garantias individuais dentro de um enfoque mais coletivo e social, com uma dimensão supraindividual distinta da operada na cultura ocidental<sup>17</sup>.

Se temos em conta estes pressupostos (coexistência no plano de igualdade de culturas distintas, mínimo consenso sobre a vigência universal de certos direitos humanos, aceitação de uma distinta interpretação desses pressupostos segundo a ótica cultural de referência), podemos esboçar, provisoriamente, uma solução conciliadora para o conflito que viemos expondo. E, nesse sentido, estou de acordo com os postulados filosóficos

---

<sup>16</sup> Não posso me aprofundar agora sobre uma temática que deveria ser objeto de mais de uma monografia. A questão sobre a universalidade dos direitos humanos e sua interpretação nas distintas civilizações são muito discutidas na atualidade. Cito, então, algumas obras e trabalhos que tratam seriamente desta problemática. Assim, ASHWORTH, Andrew. Human rights, criminal law and the principles of legal certainty and non-retrospectivity. In: ARNOLD, Jörg et al. (Hergs.). **Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser: zum 70. Geburtstag.** München: CH Beck, 2005. p. 49-61; HERSCH, Jeanne. **El derecho de ser hombre.** Salamanca: Ediciones Sígueme, 1973; HÖFFE, Otfried. Op. cit.; MERLE, Jean-Christophe. **Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus.** Berlin: De Gruyter, 2007; MUGUERZA, Javier et al. **El fundamento de los derechos humanos.** Madrid: Debate, 1989; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. (Dir.). Curso de derechos fundamentales: teoría general. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995; ROULAND, Norbert (Dir.). **Derecho de las minorías y de los pueblos autóctonos.** Traducción de Isabel Vericat Núñez. México: Siglo XXI, 1999; TOMUSCHAT, Christian. **Human rights: between idealism and realism.** Oxford: Oxford University, 2003. p. 58-83; VASAK, Karel. **Las dimensiones internacionales de los derechos humanos.** Barcelona: Serbal-Unesco, 1984; VILLORO, Luis. **Estado plural, pluralidad de culturas.** México: Paidós Iberica, 2002.

<sup>17</sup> Neste sentido, VILLORO, Luis. Op. cit., p. 131 e ss.

de Apel<sup>18</sup> e Habermas<sup>19</sup>, que advogam pela necessidade de estabelecer um processo de comunicação que conduza ao consenso em relação às normas materiais que se quer universalizar, contando, para isso, com as representações valorativas de todas as culturas afetadas. É necessário, então, que concorram umas condições mínimas que fortaleçam a intervenção com o fim de alcançar esse consenso entre o universal e o particular (e, por sua vez, entre a cosmovisão ocidental, e outras, como a ameríndia, islâmica, oriental etc.).

Essa mesma pauta é utilizada pela Corte Constitucional colombiana com o objetivo de oferecer uma resposta frente à questão do limite de tolerância das condutas permitidas nas culturas indígenas que possam menoscabar um direito fundamental universalmente reconhecido.

Uma primeira solução a estes tipos de conflitos foi proposta em termos de um diálogo intercultural que seja capaz de traçar uns *standards* mínimos de tolerância, que cubram os diferentes sistemas de valores. Ou seja, se trataria de lograr um consenso naquele mínimo necessário para a convivência entre as distintas culturas, sem que isso implique renunciar aos pressupostos essenciais que marcam a identidade de cada uma<sup>20</sup>.

Evidentemente, a multiplicidade de formas de vida, de cosmovisões, de necessidades e de interesses nas distintas civilizações dificulta (muito) tanto o diálogo como o consenso intercultural. Porém, apontou-se, e com razão, que é mais fácil a humanidade se colocar de acordo naquilo que deseja proibir, bem como nos comportamentos que reprova, prescreve e castiga (que são limitados), frente àqueles outros que entende como valiosos, ou ao menos como toleráveis (que são infinitos). Se isso circunscreve ao âmbito das garantias fundamentais, também será preciso assumir o pensamento que afirma que um entendimento dos direitos humanos projetando-se a restringir e limitar a ação do poder público tem maiores possibilidades de reconhecimento universal que um conceito mais

---

<sup>18</sup> Tomo algumas das ideias deste autor vertidas em seu trabalho “Anderssein, ein Menschenrecht? Über die Vereinbarkeit universeller Normen mit kultureller und ethnischer Vielfalt”, na obra coletiva com o mesmo nome, coordenada por Hilmar Hoffmann e Dieter Kramer (Weinheim: Beltz Athenäum, 1995. p. 9 e ss, especialmente p. 17 e ss).

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

<sup>20</sup> Sentença T-523/97. A origem desta doutrina se encontra na Sentença T-349/96, seguida pelas resoluções, ademais da primeira mencionada, SU-510/98, C-370/02, C-127/03 e T-549/07. As fontes doutrinárias citadas pela relevante resolução T-349/96, e que se transcreve literalmente do texto, seriam: AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. Toward a cross cultural approach to defining international standards of human rights: the meaning of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. In: \_\_\_\_\_. **Human rights in cross-cultural perspectives**. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1991; FALK, Richard. Cultural foundations for the international protection of human rights. *Ibidem*.

extenso que considera estes como elementos de ordem pública para todo Estado e toda sociedade sem distinção<sup>21</sup>. Daqui se deduz que o Direito Penal esteja sendo caracterizado como uma universalidade sociocultural, posto que trata melhor os casos mais graves de experiências negativas de menoscabo de direitos. E assim, uma vez mais, confirma-se que é mais fácil que se produza um consenso sobre o que não deve ser, antes que se chegue ao consenso sobre o que deve ser<sup>22</sup>.

Chegando a este ponto, o obstáculo seguinte que deve salvar determina esse mínimo elenco de garantias e liberdades que se lhe deve reconhecer a todo ser humano, qualquer que seja o sistema normativo e cultural no qual se desenvolva.

A estes efeitos, estabelece-se que todo sistema de convivência deve conceber o homem como agente moral, e daí se deduz que um dos postulados básicos do consenso intercultural seja o respeito ao princípio de autodeterminação, de autonomia da pessoa, ou, expressando o mesmo significado com palavras distintas, o princípio do livre desenvolvimento da personalidade<sup>23</sup>. Daqui derivam alguns direitos intimamente ligados a este reconhecimento com caráter universal, quais sejam o direito à vida, à integridade física, às liberdades de expressão, de reunião e de associação e à segurança<sup>24</sup>. Tudo isso matizado pela aceitação dos deveres “mais fortes” que algumas culturas não ocidentais

---

<sup>21</sup> TOMUSCHAT, Christian. Op. cit., p. 82 e 83.

<sup>22</sup> HASSEMER, Winfried. Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts. In: HÖFFE, Otfried. **Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. p. 172.

<sup>23</sup> Assinalava John Stuart Mill que, para considerar uma sociedade livre, seria necessário garantir, no mínimo: “[...] liberdade de pensar e sentir, a de expressar e publicar opiniões, liberdade de regular a vida segundo nosso caráter de fazer nossa vontade, suceda o que for, sem que nos impeçam os demais, enquanto não lhes prejudiquemos, ainda que conceituem nossa conduta como néscia ou censurável, e a liberdade de reunir-se ou associar-se com iguais limitações [...]”. A respeito: VIVES ANTÓN, Tomas Salvador. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico. **Lusíada**, Lisboa, v. 2, n. 4-5, 2007. p. 168.

<sup>24</sup> O especialista americano em ciência política e filosofia social Michael Walzer fala corretamente de um código moral mínimo e universal que é aceito a nível mundial sem nenhuma objeção. Este código mínimo compreenderia, desde seu ponto de vista, a proibição do assassinato, da escravatura, da tortura e do genocídio. De fato, em nenhum país do mundo as autoridades públicas outorgariam licença para que se permitisse dispor de acordo com seu livre arbítrio da vida, da liberdade e da integridade corporal. Mesmo que isso tenha ocorrido e ainda vá ocorrer, este tipo de prática não é reconhecido como máxima a seguir de uma política correta. Nenhum pensador sério põe em dúvida a proposta de que o poder do Estado autoritário tem que ser limitado por firmes restrições. TOMUSCHAT, Christian. Op. cit., p. 81 e 82. Em outra passagem desta última página, o autor assinala que em nenhuma parte surgiu doutrina alguma que permitiria ao Estado cercear arbitrariamente as liberdades de expressão, reunião e associação. De fazê-lo, tais limitações constituiriam dados empíricos da própria vida social, que geralmente estão justificadas pela prevalência de situações excepcionais.

(como a indígena) impõem a seus membros, como são os genéricos de cooperação, solidariedade e trabalhos comunitários<sup>25</sup>.

#### 4 O NÚCLEO INVIOLÁVEL DOS DIREITOS E GARANTIAS AFETADOS POR TODO SISTEMA PENAL

A partir daqui, caberia assinalar que esse mínimo elenco de direitos que se deve reconhecer a todo ser humano, qualquer que seja o sistema normativo e cultural no qual se desenvolva<sup>26</sup>, e que foram delimitados ao redor do direito à vida, à integridade física, às liberdades de expressão, de reunião e de associação, bem como à segurança, é o que deve respeitar o poder político em relação ao cidadão. Porém, tais direitos são limitados com maior intensidade quando se trata dos indivíduos que ingressam no sistema penal.

Tendo presente todos estes pressupostos, já estamos em condições de responder à questão fundamental: Quais são os bens e direitos que nenhum ordenamento sancionador, nem sequer escusando-se na salvaguarda de sua diversidade cultural, própria idiosincrasia ou tradição, pode menoscar na definição das condutas delitivas e no estabelecimento das correspondentes penas?

Assim, no seio da União Europeia se está configurando, tanto pelos tratados e convenções próprias, ou os externos firmados em bloco por tal organização, ou inclusive pelo sistema constitucional derivado das respectivas leis fundamentais dos Estados integrantes, um núcleo inviolável de direitos fundamentais. Daí derivam alguns critérios

---

<sup>25</sup> Esta é a posição, que pessoalmente compartilho, de Villoro (Op. cit., p. 132 e 133). Neste sentido, afirmou-se, e com razão, que outras cosmovisões diferentes da ocidental, como a hindu ou a chinesa, puseram acento no fato de que nestas culturas, antes da reclamação dos direitos, existe a ideia do cumprimento das obrigações, daí derivam esse elenco de garantias. De igual forma, se quis identificar os valores asiáticos pondo ênfase na busca de soluções consensuadas, critério comunitário frente ao individualismo, ordem social e harmonia, respeito pelos mais velhos, disciplina, Estado paternalista e o rol prioritário do governo no desenvolvimento econômico. E mais, nem sequer nas sociedades ocidentais existe um consenso sobre um direito humano tão relevante como o direito à vida. A existência da pena de morte nos EUA, a legalidade dos assassinatos “seletivos” no Estado de Israel, ou a distinta consideração do aborto consentido pela mulher grávida em diferentes países europeus constituem boa prova disso (TOMUSCHAT, Christian. Op. cit., p. 69-72).

<sup>26</sup> A questão está sempre aberta entre os especialistas em direitos humanos. Pergunta Tomuschat (Op. cit., p. 58 e ss.) se poderia realmente existir um *standard* comum de direitos para toda a humanidade, ou se, pelo contrário, se obscureceram as pretensões das declarações e dos instrumentos internacionais de direitos humanos de estender universalmente suas propostas, por sua própria ambição. Pois se questiona o autor se a existência de diferenças culturais entre as muitas nações e outras comunidades étnicas ou linguísticas do Planeta são irreconciliáveis com o tipo de uniformidade que suporia o estabelecimento de princípios universais com seu lógico corolário.

comuns de obrigatório cumprimento na hora de estabelecer a tipificação dos delitos e das penas no respectivo sistema penal<sup>27</sup>. Nesse sentido, fala-se de reconhecimento de princípios básicos relacionados com os direitos humanos e as liberdades públicas, como a inviolabilidade da dignidade humana, a proibição da pena de morte e de outros tratamentos cruéis e desumanos, e a proibição da tortura. Ditos critérios comuns com certa tendência à universalização, porém, só são predicáveis de uma específica cultura ocidental.

Interessa-me destacar agora um âmbito no qual se proponha o conflito entre a autonomia da atividade jurisdicional correspondente a um determinado sistema penal e sua afetação dos direitos humanos. Tal âmbito vem abarcado pelo modelo de referência que foi aqui apresentado, no seio do Direito sancionador das comunidades indígenas da América Latina.

Assim, a própria Corte Constitucional colombiana delimitou concretamente o perímetro do proibido em sede de atuação jurisdicional das autoridades indígenas. Ou seja, em última instância se está questionando a legitimidade de todo tipo de medidas de intervenção penal (sejam processuais ou materiais) que se utilizam no Direito Penal indígena, na medida em que possam atentar contra as garantias individuais universalmente reconhecidas. Porém, seguindo com a metodologia comparativa que se foi expondo ao longo do presente trabalho, os resultados podem perfeitamente ser extrapolados e tomados em consideração a efeitos de determinar os limites do tolerável de todo sistema penal.

E nestes termos, a Corte Constitucional expressou claramente, depois de uma argumentação bastante convincente (e na qual agora não podemos entrar em detalhes) seu entendimento dos limites de atuação normativa e jurisdicional no marco do Direito Penal indígena.

Portanto, e sob este pressuposto, os limites mínimos que em matéria de direitos humanos devem cumprir as autoridades indígenas no exercício de suas funções jurisdicionais respondem, a juízo da Corte, a um consenso intercultural sobre o que “verdadeiramente resulta intolerável por atentar contra os bens mais preciosos do homem”, ou seja, o direito à vida, a proibição da escravatura, a proibição da tortura e, por expressa exigência constitucional, a legalidade no

---

<sup>27</sup> A respeito, NUOTIO, Kimmo. Criminal law of a transnationale polity. In: MÜLLER-DIETZ, Heinz et al. (Hrgs.). **Festschrift für Heike Jung**: zum 65. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 690. Também se disse neste âmbito que os direitos fundamentais mais importantes que afetam o Direito penal são a presunção de inocência, o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, o comando de moderação (ou mitigação) e o princípio de proporcionalidade em relação aos fatos puníveis e penas, assim como o princípio do *non bis in idem*. DANNECKER, Gerhard. Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin v. 117, n. 4, 2006. p. 697-748.

procedimento, nos delitos e nas penas [...]. Estas medidas se justificam porque são “necessárias para proteger interesses de superior hierarquia e são as menores restrições imagináveis à luz do texto constitucional”<sup>28</sup>.

A Corte, coerente esta proposta, não considera atentado aos direitos humanos o emprego limitado de sanções corporais (como o chicote ou o cepo) ou o julgamento do sujeito sem que este se encontre presente, sempre que seja representado ou defendido por pessoas próximas (situação que hipoteticamente poderia atentar contra o princípio do devido processo). Sobre estes aspectos terei ocasião de pronunciar-me no último tópico do presente artigo.

Portanto, o núcleo de direitos intangíveis que, a juízo do mencionado Tribunal, deve respeitar-se universalmente, incluiria, em primeiro termo, o direito à vida, a proibição da escravatura e a proibição da tortura. Baseia-se para isso em duas razões de peso. Em primeiro lugar, atende ao fato de que unicamente a respeito destes pode pretender-se a existência de um verdadeiro consenso intercultural. Em segundo lugar, acolhe-se a constatação de que tais garantias se encontram dentro do núcleo de direitos intangíveis que reconhecem todos os tratados de direitos humanos, garantias que não podem ser suspensas nem sequer nas situações de conflito armado<sup>29</sup>.

Ainda que eu esteja de acordo com tal elenco de direitos invioláveis, desde minha perspectiva pessoal caberia acrescentar as garantias da integridade física e da integridade moral, entendida esta última como a não despersonalização do sujeito em determinadas situações de privação de liberdade.

Ainda que no último tópico deste trabalho voltemos a esta temática, creio que existem razões suficientes para incluir neste núcleo essencial tais direitos fundamentais à integridade corporal e à integridade moral.

Quanto ao primeiro, creio que podem ser aceitas desde outras culturas diferentes à ocidental certa afetação corporal mediante castigos que entram dentro de sua tradição ancestral. Não me parece mais grave, por exemplo, castigar com quarenta chibatadas a quem perpetrou um roubo do que interná-lo em um centro penitenciário durante dois anos. Ainda que isso despreze a consciência da cultura judaico-cristã, pelas mesmas razões as etnias originárias da América Latina não concebem a privação de liberdade

---

<sup>28</sup> Sentença do Tribunal Constitucional T-523/97. O Alto Tribunal parte da ideia de que o respeito ao princípio de diversidade étnica e cultural constitui um dos valores superiores do ordenamento jurídico colombiano, e por esta razão, sua limitação quando entra em conflito com outros direitos e princípios deve restringir-se ao máximo.

<sup>29</sup> Sentença T-349/96. Tal resolução foi completada, tal e como se assinalou, pela T-523/97.

como pena em seus sistemas jurídicos correspondentes. No entanto, o castigo corporal deverá ser admitido em cosmovisões distintas da ocidental sempre que não deixe, nem física nem psicologicamente, uma marca indelével na pessoa que o sofre. A intensidade das quarenta chibatadas, e depois a aplicação, para seguir com o exemplo, não pode chegar a deixar cicatrizes permanentes no réu, este sempre há de ter a possibilidade de recuperar um estado físico similar ao qual mantinha anteriormente à execução da sanção<sup>30</sup>. O mesmo raciocínio seria válido para outras penas que na cosmovisão indígena tem um caráter altamente simbólico e ritualizado, como o banho em água fria ou a sanção de urtiga<sup>31</sup>. Entretanto, uma ou outra prática, como cortar as orelhas das mulheres adúlteras em algum direito original ameríndio, ou a ablação do clitóris das meninas em certas tradições fundamentalistas islâmicas, não podem ser aceitas sem nenhuma interpretação dos direitos humanos. Além disso, essas tradições entrariam na qualificação de tratamento cruel e desumano, violariam esse *princípio de elasticidade* que mencionei anteriormente. Segundo tal axioma, nenhuma instituição jurídica pode incidir tão negativamente em um ser humano, de modo que depois de sua aplicação este não possa recuperar a imagem física e a estrutura psíquica que dispunha com anterioridade a sua execução.

O princípio de elasticidade, no marco das medidas punitivas, deriva de uma concepção do Direito que contempla o ser humano como livre e responsável de seus atos, cujo objetivo seja resolver pacificamente os conflitos humanos reduzindo ao máximo a violência, ficando fora de tal objetivo transformar sua vontade permanentemente aos sujeitos que os originam ou os sofrem.

Portanto, a aceitação de certas formas limitadas de penas corporais não viola o direito à integridade física, sempre e quando esta não seja mitigada sem possibilidade de recuperar-se o estado físico inicial de quem as sofre. Creio que, explicado desta forma, também este direito deve conformar o núcleo essencial das garantias fundamentais que não pode menoscabar nenhum sistema penal sob pretexto ou justificação de práticas ou tradições jurídicas ancestrais.

Mas, pelas mesmas razões, e em segundo lugar, também se deve incluir o direito à integridade moral. O princípio de elasticidade também entraria aqui em jogo, de tal modo que não se aceitaria aquelas medidas punitivas que possam incidir sobre o aparato

---

<sup>30</sup> Esta mesma pena de chibatadas, que desde a perspectiva ocidental nos parece bárbara e cruel, quando se aplica nas comunidades indígenas que a mantêm, cada golpe vem acompanhado de um conselho, para que se entenda que a sanção não é só castigo, mas que também está orientada a melhorar as pessoas que delinquiram.

<sup>31</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. **Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena...** Op. cit., p. 154 e ss.

psíquico, sobre a conformação psicológica ou sobre qualquer outro âmbito espiritual do ser humano, de tal forma que este não possa voltar a recuperar sua identidade, seu Eu pessoal e esses aspectos espirituais relacionados com a imagem individual, específica e irrepitível que o caracterizavam como ser humano.

Evidentemente, o direito à integridade moral fica tutelado tacitamente quando se proíbe em todo sistema jurídico a tortura, ou os tratos desumanos ou degradantes. Mas, de não conceber-se expressamente, ficariam de fora outros casos, e especificamente aos que vou me referir a seguir.

Assinalei que, tanto como os ocidentais repelem as penas corporais, a consciência indígena rechaça as sanções privativas de liberdade. Também se expuseram algumas razões, como as que derivam de sua própria idiossincrasia nos modos de convivência. Assim, o arraigo do ser à terra e ao entorno ancestral de sua comunidade proíbe a possibilidade de encerrar uma pessoa. Também a necessidade de reintegrar o indivíduo à comunidade para que esta não se veja diminuída no número de seus integrantes (princípio de sobrevivência) contradiz a privação de liberdade de um indígena. E, porém, no mundo ocidental, a pena mais relevante segue sendo a prisão. Pois bem, o direito à integridade moral, percebido desde o princípio de elasticidade, determinaria que são legítimas as penas privativas de liberdade até o ponto de que não despersonalizem o sujeito, de que sua duração e forma de execução não seja tão drástica que o réu, depois do seu cumprimento, tenha transformado sua identidade, forma de ser ou sofra perturbações psicológicas ou psíquicas irreversíveis. E ocorre que, também sobre o conceito de humanidade das penas, podem ser encontradas distintas valorações em uma e outra cultura. Se fossemos capazes de entender o mundo de civilizações como a ameríndia desde sua concepção cultural, aceitaríamos certas sanções que aparentemente parecem desumanas, mas que na realidade são menos que as penas privativas de liberdade.

De todo o dito, já se pode assinalar uma primeira estrutura nuclear dos direitos fundamentais que têm que ser respeitados por todo sistema penal, e que viria integrada pelo direito à vida, à integridade física e moral, e pela proibição da escravatura e da tortura.

A estes direitos intangíveis, acrescenta-se a legalidade do procedimento, que se concretiza nos diferentes direitos fundamentais emanados do princípio do devido processo; e a legalidade dos delitos e das penas<sup>32</sup>.

Aqui a justificação se encontraria em razões de índole constitucional, a respeito do primeiro; e referidas à segurança jurídica, no segundo. Mas ambos, devido processo

---

<sup>32</sup> Doutrina assentada pelas duas resoluções anteriores do Tribunal Constitucional colombiano T-349/96 e T-523/97, e a partir daqui, seguida, entre outras, pelas sentenças SU-510/98, T-266/99, C-127/03 e T-549/07.

e legalidade dos delitos e das penas, também constituem uma estrutura lógico-objetiva cuja necessidade pode e deve ser partilhada por todo sistema penal, ainda quando sua plasmação não tenha necessariamente que ser formalizada estritamente com vistas aos critérios do direito ocidental ou ancestral<sup>33</sup>. Ou seja, a legalidade do procedimento como requerimento geral, não implica que se exija a existência de juiz de carreira, advogado e Promotor de Justiça togado. É suficiente que o acusado possa defender-se realmente com certas garantias de objetividade e imparcialidade, e que seja julgado por uma assembleia, um conselho de anciãos ou autoridades que tradicionalmente exerceram funções jurisdicionais. E a legalidade dos delitos e das penas não significa necessariamente que em todo ordenamento punitivo se definam taxativamente uns e outros por uma norma escrita com anterioridade a sua aplicação. Bastaria o fato de que a regra, estendida socialmente pela publicidade da escritura ou da tradição oral, seja conhecida com caráter geral pelos sujeitos afetados, de tal modo que possam prever, ainda que vagamente, as consequências jurídicas da realização de comportamentos proibidos pelas normas da comunidade em que desenvolva sua existência.

Daí que, sempre que o respectivo ordenamento punitivo respeite minimamente no marco do reconhecimento e tutela dos direitos humanos (que, como se acaba de ver, podem concretizar-se na salvaguarda da vida e da integridade física e moral, na proibição da escravatura e da tortura, e no acatamento dos fundamentos das regras básicas do devido processo, assim como a legalidade dos delitos e das penas), é preciso entender-se legítima a formulação que se realize, atendendo à sua tradição jurídica e idiossincrasia cultural, de suas categorias, princípios e instituições<sup>34</sup>.

Chegado a este ponto, gostaria de formular outra questão relacionada com a que foi inicialmente proposta. No seio social e no território de etnias primigênicas da América Latina ou da Lapônia, ou em culturas islâmicas ou orientais, o que seria mais justo, mais eficaz, mais respeitoso, mais civilizado: aplicar seu próprio direito ou recorrer a um ordenamento de corte ocidental?

---

<sup>33</sup> “[...] o direito ao devido processo constitui um limite à jurisdição especial, o que implica o cumprimento de regras ajustadas à especificidade da organização social, política e jurídica da comunidade de que se trate. É óbvio que este limite não exige que as práticas e procedimentos devam ser levados a cabo da mesma maneira que o faziam os antepassados, porque o direito das comunidades indígenas, como qualquer sistema jurídico, pode ser dinâmico. O que se requer é o cumprimento daquelas atuações que o acusado possa prever e que se aproximem das práticas tradicionais que servem de sustento à coesão social”. Sentença T-523/97.

<sup>34</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. **Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena...** Op. cit., p. 183 e ss.

Evidentemente, sempre que o ordenamento originário respeite um mínimo no marco do reconhecimento e tutela dos direitos humanos, que, como se viu, podem situar-se na salvaguarda da vida e da integridade física e moral, na proibição da escravatura e da tortura, e no acatamento dos fundamentos das regras básicas do devido processo, incluindo a legalidade dos delitos e das penas, parece-me mais conveniente que se tome em consideração as normas vigentes próprias da tradição e costumes dos povos que integram a respectiva civilização<sup>35</sup>.

E, com efeito, é possível propor desde a mentalidade ocidental que, já no século XXI, não se deve condenar uma pessoa a sofrer quarenta chibatadas, a realizar forçosamente trabalhos a favor da comunidade durante um ano ou obrigá-la a submeter-se à imobilização de seu corpo por meio do cepo (sanções que não vulnerariam estes mínimos, mas que repelem os valores da cultura judaico-cristã). Estou também de acordo em considerar esta solução monstruosa se fosse aplicada em qualquer dos países da União Europeia ou em qualquer outro Estado de corte ocidental. É, contudo, sabido (e se mostrou em seu momento) que a pena privativa de liberdade não cumpre nenhum dos fins que persegue, por exemplo, no Direito Penal indígena, enquanto que estas outras, que acarretam uma grande carga ritual e um menor conteúdo aflitivo do que aparentemente representam, mostram uma grande idoneidade para alcançar os princípios de prevenção especial, de reciprocidade, equilíbrio e salvaguarda da paz social, que aparecem como objetivos fundamentais deste sistema. Perguntamo-nos então o que ocorre com o princípio de humanidade das penas. E de novo aí, como expressei em parágrafos anteriores, encontramos--nos com valorações diferentes sobre seu significado e conteúdo essencial atendendo aos distintos sistemas de valores das diferentes culturas e civilizações.

Porém, será no último tópico da presente investigação que me ocuparei do fundamento último de todo o Direito Penal<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> *Id.* Derecho indígena sancionador y derechos humanos... Op. cit., p. 210.

<sup>36</sup> Se disse, e com razão, que existe um consenso generalizado sobre o entendimento como ilegítimos daqueles comportamentos que, ao abrigo de uma determinada tradição ou cultura, violam direitos fundamentais do indivíduo, ainda quando hipoteticamente pudessem derivar do direito Internacional ou do ordenamento interno do país ou países de referência. BERNARDI, Alessandro. **Modelli penali e società multiculturale**. Torino: G. Giappichelli, 2006. p. 128. Evidentemente, o problema se encontra na determinação de quais são esses direitos fundamentais do indivíduo à luz das diversas culturas e civilizações, tarefa que ocupou este item.

## 5 O ÚLTIMO FUNDAMENTO DE TODO SISTEMA PENAL

As distintas tradições jurídicas (que cada vez se aproximam mais entre si mercê, entre outros, dos processos de globalização econômica) conformam sistemas penais diferenciados com componentes próprios de sua cosmovisão, cultura e civilização, e com outros que são comuns a todas elas. Conforme se vai avançando, desde o plano da realidade de cada ordenamento punitivo – no plano da legitimidade na definição dos delitos, das penas e de outras medidas coercitivas materiais ou processuais –, o núcleo do Direito Penal mínimo (por ser comum a toda comunidade ou Estado) também se desloca desde a consideração *didática* de seus conceitos e categorias ao entendimento universal dos direitos humanos.

Com efeito, ao se tentar definir o que é comum em matéria de princípios, as dificuldades existentes serão apreciadas à mercê das diferenças entre os sistemas legalistas da Europa continental ou a prevalência do precedente jurídico do *Common Law* nos sistemas anglo-saxões. Também neste mesmo âmbito aparecerão obstáculos na hora de coincidir na definição da função do Direito Penal como protetor de bens jurídicos (concepção majoritária da tradição continental) ou regido pelo *harm principle* (tradição anglo-saxã). Na estrutura do delito, ao contrário, em grande parte desta Europa continental há consenso em entender que vem constituída pelas características da ação humana da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade; enquanto que na França se define em torno dos elementos legal, material e moral, ou na Inglaterra nos componentes do *actus reus* e *mens rea*. Porém, conforme se vai aprofundando em aspectos menos técnico-dogmáticos e mais filosóficos ou constitucionais, aparecem fundamentos mais gerais, como a dignidade humana, a segurança jurídica, os princípios de lesividade, culpabilidade, *non bis in idem*, humanidade das penas ou outros de caráter processual, como os direitos à presunção de inocência ou à defesa.

Evidentemente, contribuiu para isso a evolução do pensamento jurídico, que foi conformando os distintos conceitos e categorias através do desenvolvimento de cada sociedade e do espírito que impregna sua respectiva reforma legal. Mas, no fundo, a apreciável progressiva aproximação que se produz nas últimas décadas nas distintas instituições penais das diferentes tradições jurídicas, cada vez mais próximas e integradas em um âmbito comum (por exemplo, no marco do Direito Penal internacional), não obedece tanto ao resultado das respectivas metodologias de investigação jurídica ou à didática da utilização conceitual de cada sistema penal, mas sim à concepção na consideração do ser humano, de seus direitos, de sua autonomia da vontade (e de seus limites) que cada cultura foi aportando à civilização<sup>37</sup>. O fundamento de todo sistema penal, portanto,

---

<sup>37</sup> Nestes termos, mas para o âmbito mais concreto da teoria jurídica do delito no seio do direito penal, se expressa AVRIGEANU, Tudor. **Ambivalenz und Einheit. Eine Untersuchung zur strafrechtswissenschaftlichen Grundlagendiskussion der Gegenwart anhand ihre Bezüge zu Kants Philosophie**. Baden-Baden: Nomos, 2006. p. 188 e 189.

encontra-se na imagem e na ideia de ser humano, sujeito, indivíduo ou pessoa que seja comum à toda tradição, cultura ou civilização<sup>38</sup>. É por isso que, nestes últimos parágrafos e linhas é preciso fazer um esforço para delimitar o conceito de *pessoa* (termo que agora emprego em sentido amplo) que possa desprender-se do próprio sistema penal. A partir daí será possível comprovar a concreta justificação de cada um dos componentes do Direito penal, particulares e universais, que foram se manifestando ao longo do presente trabalho.

Dito isso, é preciso ter presente outra ideia, não menos relevante, que aponta para o Direito Penal. Trata-se, sobretudo, de um ordenamento protetor dos direitos humanos. A partir daqui se vincula a natureza universal dos direitos humanos com uma compreensão (de igual forma, universal) do ser humano<sup>39</sup>. Nesse sentido, o próprio Welzel afirmava que a primeira estrutura lógico-objetiva de todo ordenamento jurídico vinha constituída pelo indivíduo responsável<sup>40</sup>. Também se quis levar essa vinculação entre direitos humanos e natureza humana através da ideia de interesse e do princípio de reciprocidade. Os interesses comuns e gerais a cada cultura determinam uma concepção do homem. Desde esta perspectiva, considera-se toda uma teoria sobre a concepção do homem e dos direitos que vão unidos a ele<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Quando Silva Sanchez se pergunta pelas possibilidades de uma dogmática supranacional, aponta já para este fundamento em sua afirmação de que o elemento configurador da mesma vem determinado pelo conceito de pessoa e os direitos que lhe são inalienáveis (SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades occidentales. 2. ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001. p. 92).

<sup>39</sup> O juiz japonês Tanaka, com seu voto dissidente em uma famosa resolução da Corte Internacional de Justiça em 1966, levou a cabo nitidamente esta vinculação entre universalidade dos direitos humanos e uma concepção comum de pessoa. Tanaka afirma que o princípio de proteção dos direitos humanos deriva do conceito de ser humano como pessoa em sua relação com a sociedade, que não pode cindir-se da natureza universal humana. A existência dos direitos humanos não dependeria, portanto, da vontade de um Estado, tampouco de seu direito interno ou de qualquer outra medida legislativa. Nem sequer de tratado ou costume internacional algum, nos que a vontade expressa ou tácita do Estado constitui o elemento essencial. A existência dos direitos humanos dependeria unicamente dessa natureza universal do ser humano. Afirmou-se, e com razão, que esta asseveração constitui uma das proclamações mais fortes na fé à universalidade dos direitos humanos. Se os direitos humanos devem ser derivados da natureza do ser humano, toda possível vontade social divergente apareceria como secundária e insignificante. A respeito, ver: TOMUSCHAT, Christian. **Human rights**: between idealism and realism. Oxford: Oxford University, 2003. p. 82 e 83.

<sup>40</sup> “[...] o reconhecimento do ser humano como pessoa responsável é o pressuposto mínimo para um ordenamento jurídico que não somente quer impor-se como poder, mas obrigar como direito”. WELZEL, Hans: **Naturrecht und materiale Gerechtigkeit**. 4. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962. p. 240.

<sup>41</sup> Esta é a posição de Höffe (ver: HÖFFE, Otfried. **Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?**... Op. cit., p. 51 e ss). Ainda que, por razões lógicas, não possa me aprofundar neste momento sobre esta teoria, não resisto a destacar alguns mínimos aspectos essenciais dela. O autor fundamenta a legitimidade dos direitos humanos com base nos correspondentes deveres e no princípio de reciprocidade. Na realidade, a reciprocidade é uma característica consubstancial à estrutura social de cada comunidade, de tal forma que quanto maiores sejam as exigências de integração e controle dessa comunidade ao indivíduo, maior será a exigência das

Neste sentido, gostaria de destacar uma pequena precisão. Desde o ponto de vista metodológico é possível tomar dois caminhos. Ou recorrer a concepções genéricas do homem que oferecem a Filosofia, ou recorrer a um conceito muito mais limitado que possa ser determinado dentro do estrito marco do Direito Penal. Algo similar ocorre com outras categorias, como a liberdade. Pois bem, do mesmo modo que neste último caso não poderia descender às profundidades do conhecimento metafísico, por conta dos próprios limites da investigação jurídico-penal, tampouco agora vou me internar (mais além do estritamente necessário) em considerações doutrinárias sobre a definição de ser humano que caíam fora do sistema penal.

É por isso que se deve empreender a tarefa de aproximação a uma definição geral do que significa a expressão *ser humano* (ou outras que se utilizarão como sinônimas) no marco do sistema penal.

O Direito, como conjunto de normas (de cumprimento obrigatório independentemente da vontade de seus destinatários) que regulam a coexistência da vida social, é um produto humano criado para resolver problemas humanos. A referência ao *humano* trata-se de conciliar um conceito amplo no qual se vai incluir, indistintamente, as conotações semânticas próprias de vocábulos como *ser humano*, *sujeito*, *indivíduo* ou *pessoa*. Ainda que, insisto, utilizarei tais conceitos como sinônimos, é preciso realizar uma breve explicação de cada um deles, especialmente os mais utilizados, o primeiro e o último.

Os conceitos de *ser humano* e *pessoa* destacam dois aspectos diferenciados de uma mesma realidade<sup>42</sup>.

Quando se torna referência do primeiro, coloca-se o acento no fato, na existência de um ser vivo, de um organismo que constitui a espécie dos seres humanos dentro dos

---

relações recíprocas encarnadas em direitos e deveres, não só individuais, mas também de natureza social. “Para justificar os direitos humanos em seu caráter como direitos subjetivos, tem em consequência que mostrar uma reciprocidade que caracteriza os seres humanos, só porque é ser humano” (*Ibidem*, p. 55). O argumento do autor se expressa do seguinte modo: na medida em que a ideia de ser humano é irrenunciável à ideia de interesse, este último conceito nos leva à condição do intercâmbio (*Tausch*), o qual implica, por sua vez, que tenhamos que partir do condicionamento da reciprocidade (*Wechselseitigkeit*). Por isso, a própria imagem de ser humano vai incidivelmente unida à de reciprocidade. Nesse sentido, assinala uma argumentação muito razoável na fundamentação dos direitos humanos. “Não só existe um direito fundamental à vida e à integridade corporal porque o ser humano tenha um interesse superior e transcendental a estes bens (a vida e a integridade corporal), mas, sobretudo, porque o interesse só pode realizar-se em reciprocidade e porque só no ‘sistema da reciprocidade’, no qual cada prestação pode ser tomada em consideração como exigência, se satisfaz a renúncia à violência do outro, somente sob a condição da contraprestação de renúncia à violência própria” (*Ibidem*, p. 55).

<sup>42</sup> Sigo aqui, por estar de acordo com suas atinadas precisões, a diferenciação estabelecida por AMELUNG, Knut; LORENZ, Jörn. *Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung*. In: DANNECKER, Gerhard (Hergs.). **Festschrift für Harro Otto**. Köln: Berlin; München, 2007. p. 527-533.

primatas. Em última instância, trata-se de uma unidade psíquico-biológica, o que significa que a categoria de ser humano representa precisamente a unidade daquelas características biológicas que distingue estes de outros seres vivos<sup>43</sup>.

A categoria de pessoa leva em conta a de ser humano, mas a reveste de um aspecto social determinado pela interação com os demais, pela possibilidade de engendrar ações que são objeto de regulamentação pelas normas, as quais originam para os sujeitos certas faculdades e exigências<sup>44</sup>. Ainda que o conceito de pessoa abarque o do ser humano como organismo e unidade psíquico-biológica da natureza, o peso da definição arrasta o significado de sujeito, como fenômeno ético, centro e unidade das ações intencionais em sua interação com os demais. Em sentido jurídico, portanto, é pessoa o titular de direitos e deveres<sup>45</sup>. Em sentido mais amplo, ressaltam-se as características de identidade, autoconsciência e previsibilidade, nos termos que destaca Peter Singer, que considera *pessoa* quem desenvolve uma identidade através da autoconsciência, sobre a variação do espaço e do tempo, formando assim uma ideia acerca de seu próprio futuro<sup>46</sup>.

Em última instância, e emulando o famoso sociólogo americano Searle, seria possível dizer que o ser humano é uma criatura do mundo dos organismos biológicos e que passa a ser pessoa no mundo social das ações e das normas, das comunicações e de outras interações<sup>47</sup>.

Entre os conceitos de *ser humano* e de *pessoa*, encontra-se o de *sujeito*, que põe o acento na autoconsciência, e o de *indivíduo*, que enfatiza a singularidade e o caráter

---

<sup>43</sup> Expressão utilizada por GÜNTHER, Klaus. Die Person der personalen Rechtsgutslehre. In: NEUMANN, Ulfried; PRITTWITZ, Cornelius (Coord.). **“Personale Rechtsgutslehre” und “Opferorientierung im Strafrecht”**. **Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien**, 104. Frankfurt am Main, 2007. p. 19.

<sup>44</sup> SEELMANN; Kurt. Anerkennung, Person, Norm. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (Hrgs.). **Festschrift für Günther Jakobs**: zum 70. Geburtstag. Köln: C. Heymanns, 2007. p. 635 e ss. Assinala o autor (*Ibidem*, p. 644) que já no reconhecimento geral da norma alcançam os indivíduos a categoria de pessoas e à mercê disso tem que se responsabilizar frente a tal norma. Nisto estaria Seelmann totalmente de acordo com Jakobs, para quem precisamente a realização ou colocação em prática da regra jurídica só resulta da relação do mútuo reconhecimento. A categorização do indivíduo como pessoa só se alcança através do reconhecimento da norma. E, por outro lado, as normas só podem ser concebidas nas relações entre sujeitos com responsabilidade, isto é, entre pessoas.

<sup>45</sup> SCHISCHKOFF, Georgi (Coord.). **Philosophisches Wörterbuch**. 22. Aufl. Stuttgart: A. Kröner, 1991; p. 549. A definição jurídica de pessoa procede de Kelsen e foi aceita pelos penalistas que atualmente trataram os perfis do conceito no direito penal. A título de exemplo: JAKOBS, Günther. Individuum und Person Strafrechtliche Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 117, n. 2, 2005. p. 266. A respeito também os autores das duas citações seguintes.

<sup>46</sup> Citado por KAWAGUCHI, Hirokazu. Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht: Eine Einführung. In: ARNOLD, Jörg et al. (Hergs.). **Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser**: zum 70. Geburtstag. München: CH Beck, 2005. p. 144.

<sup>47</sup> Sobre a definição de Searle (algo distinta da expressa no texto, de onde extrai consequências que não se encontram no original), ver: AMELUNG, Knut; LORENZ, Jörn, Op. cit., p. 528.

irrepetível da criatura em questão. Ainda que, finalmente, todas estas definições aglutinem-se em uma mais ampla de pessoa ou de ser humano, não resisto a trazer à colação a explicação de Günther, na qual é possível apreciar e diferenciar todos esses aspectos semânticos<sup>48</sup>.

Assim é que esforça-se o autor por determinar um conceito de *pessoa* que abarque as características próprias, superando-as, de outras categorias, como as de *ser humano*, de *indivíduo* e de *sujeito*. Nesse sentido, o conceito de *ser humano* aplica-se como termo descritivo, próprio da linguagem da observação, como unidade das características biológicas que distinguem os humanos de outros seres vivos. O conceito de *indivíduo* faria referência àquela unidade singular que possui uma biografia, uma história existencial humana que se distingue de qualquer outra. A essência da categoria de pessoa, segundo o autor, implicaria uma perspectiva interna na qual alguém concebe a si mesmo como pessoa, que encarnaria o conceito de *sujeito*. A categoria de pessoa requereria, então, relacionar-se consigo mesmo e algo mais: poder realizar esta autorreferência ativamente. Isso só seria possível quando alguém pudesse distanciar-se de seu meio e de sua própria natureza (como ser humano), para atuar para fora de si mesmo, para ter sua própria “vontade”. Esta compreensão como pessoa, que compartilho, seria ao mesmo tempo dependente de que outros reconheçam este indivíduo em sua própria vontade, o que implica, além da perspectiva interna, em uma perspectiva externa. Não haveria pessoa no singular, apenas haveria pessoas no plural. Para as pessoas é essencial que estas sejam reconhecidas como tais. Já como consequência do reconhecimento, regularia este como um determinado comportamento e também como ação própria do sujeito<sup>49</sup>, frente a ele mesmo, e frente aos demais. Tanto que a conduta do indivíduo chega a ser imputada por terceiros como sua própria ação: este, como sujeito, imputa a si mesmo tal conduta por sua própria consciência como sua própria ação. Dessa forma, a pessoa é suscetível a assumir a responsabilidade pelas consequências de seus atos. Assim, a série de acontecimentos a que o sujeito está envolvido de qualquer forma vincula-se à sua biografia, que não posso ceder a ninguém nem a nada, dado que no *Eu* está a mesma pessoa que *Sou* e que através das grandes e pequenas variações ficaria por esta via identificada e também tratada pelos demais de tal maneira que teria que fazer-se responsável de toda sua biografia e não só dos fragmentos particulares. É assim que o autor propõe a relação entre pessoa e sociedade.

Porém, repito, apesar de que os diferentes especialistas tentam levar a cabo esta fina distinção entre *ser humano*, *pessoa*, *indivíduo* e *sujeito*, aqui, por razões de estilo

---

<sup>48</sup> GÜNTHER, Klaus. Op. cit., p. 23 e ss.

<sup>49</sup> Nesse sentido, Günther e Vives Antón se aproximam notavelmente, pois para este último a ação humana adquire relevância quando encontra seu significado, e, com isso, seu reconhecimento no seguimento da norma. A respeito, *vide supra* nota 52.

e também de conteúdo, aos efeitos do presente trabalho prefere-se utilizar todos estes vocábulos como sinônimos e empregar um conceito amplo que abarque a todos.

A partir desta conceitualização, o último passo metodológico consiste em derivar destas definições o corolário do mínimo dos direitos humanos intangíveis e invioláveis por todo sistema penal, qualquer que seja a tradição, cultura ou civilização sobre a qual se assente.

Com caráter geral, é preciso significar que, existindo uma ideia comum de pessoa, todo ordenamento jurídico deve respeitar seus atributos essenciais, não podendo desnaturalizar nenhum aspecto humano que lhe seja próprio. Daí deriva o que aqui é denominado como *princípio de elasticidade*. Segundo esse princípio, toda medida coativa e afluiva que utilize o direito sancionador poderá incidir em alguns aspectos essenciais que conformam a ideia de ser humano (em sua integridade moral, em sua honra, em sua liberdade, em seu patrimônio, ou inclusive em sua integridade corporal), mas não a tal ponto que, cessada a aplicação de tal medida, esse aspecto essencial do indivíduo resulte irrecuperável. Bem ao contrário, transcorrido o período temporal da execução da sanção, o sujeito deve estar em condições, ainda sendo hipotéticas ou potenciais, de voltar a recuperar sua imagem humana nesses âmbitos fundamentais que o definem como pessoa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Colocou-se de manifesto que a ideia de ser humano está intimamente vinculada ao aspecto de organismo vivo, de ente da natureza<sup>50</sup>. Desta ideia “material” da pessoa

---

<sup>50</sup> Neste sentido, Höffe (Op. cit., p. 51) assinala que o homem é um animal que fala e que raciocina. Daí derivam sua primeira dimensão e característica como corpo e vida, incluindo as condições materiais de sua existência. Outros autores, ainda que definam a categoria com base na consciência da liberdade, também apontam para esta primeira dimensão da existência material do indivíduo sobre a que se assenta aquela (neste sentido, BURKHARDT, Björn. *Wie ist es, ein Mensch zu sein?* In: ARNOLD, Jörg et al. (Hergs.). **Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser:** zum 70. Geburtstag. München: CH Beck, 2005. p. 79). De igual forma se acentua esta característica quando, entre outras, define-se a pessoa como objeto de atribuição de predicados corporais e psicológicos (seguindo o filósofo americano KAWAGUCHI, Hirozaku. **Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht...** Op. cit., p. 144). Nesta mesma linha argumentativa todo o trabalho de Amelung e Lorenz (Op. cit.) vai dirigido a demonstrar que o Direito Penal se preocupou mais em proteger os direitos das pessoas que dos seres humanos, baseando as diferenças, entre outras, nas características biológicas que lhe distinguem a respeito de outras espécies (ser humano) frente ao aspecto social da pessoa, como uma criatura que pode exigir às outras criaturas de sua espécie um especial respeito (concluindo com a afirmação de que o conceito de ser humano vem determinado por um específico genoma, enquanto que o de pessoa por regras sociais). E, finalmente (para não estender-me demasiado na citação), a investigação nesta matéria de Günther (Op. cit., p. 19) atribui ao conceito de ser humano o aspecto do caráter biológico que, dentro da unidade, o distingue de outros seres vivos.

que seria válida para toda cultura ou civilização, derivaria de forma imediata o direito à vida e à integridade física, tal e como se veio expressando até agora. Isso determina que dever-se-ia rechaçar de todo ordenamento penal sanções como a pena de morte e as penas corporais que impliquem mutilação de membros ou órgãos. Seria possível admitir, porém, sanções que incidissem sobre o corpo humano, mas que o mantivessem, depois de sua execução, incólume (por exemplo, corte de cabelo, ou outras medidas aflitivas aplicadas ao físico do sujeito que tenham caráter simbólico e permitam a regeneração ou recuperação, como urtigamento<sup>51</sup>, banho em água fria etc.).

A definição de ser humano sob a categoria de pessoa também ressalta a característica de sujeito de ações intencionais que interagem com os demais. A interação da ação do sujeito, na medida em que segue uma regra, determina o reconhecimento pelos demais, o respeito como membro da mesma espécie, e a origem de faculdades e obrigações derivadas de sua atuação. Desta afirmação extraímos as notas de sujeito ético e moral com um comportamento frente ao resto de seus congêneres<sup>52</sup>. Daqui derivaria, fundamentalmente, o direito à integridade moral, pois se cerceamos o intencional da ação humana, ou a relação de identidade do indivíduo ou sua própria consciência de si mesmo e do mundo que o rodeia, estamos anulando a essência da própria pessoa. Tais aspectos têm que ser necessariamente tutelados, inclusive frente às medidas punitivas e coativas de todo sistema jurídico. A proibição do menoscabo da integridade moral implica que de igual forma esteja vedada para todo sistema penal a utilização da tortura e dos tratamentos desumanos e degradantes.

Com efeito, definido o homem como criatura que raciocina e fala, é certo que a diferente estrutura da linguagem em uma ou outra cultura determina uma forma distinta de raciocínio e, sobretudo, de concepção do mundo. Nesse sentido, as cosmovisões diferem segundo as diversas civilizações<sup>53</sup>, mais precisamente na medida em que os seres humanos criam, como pessoas e entes sociais, essas cosmovisões distintas, pois isto determina a necessidade de respeito (ante os ataques mais graves) à característica do humano. Com efeito, observou-se que o ser humano é um ente social, sendo a sociabilidade uma de suas

---

<sup>51</sup> Nota do tradutor: trata-se de uma pena de untar o réu com urtiga, o que provoca intensa coceira e desconforto.

<sup>52</sup> STRATENWERTH, Günter. **Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft**. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1993. p. 15. O autor, recorrendo à filosofia de *Descartes* e *Locke*, nos mostra como o pensamento dos últimos três séculos, sobretudo a partir da industrialização, tende a representar uma imagem do homem que maneja os processos causais do mundo que o rodeia, que vive de forma absoluta sua liberdade, e que, por conseguinte, domina de forma intensa a natureza, à qual mantém instrumentalizada. Este modelo de pessoa, porém, é mais próprio da cultura ocidental.

<sup>53</sup> Neste sentido, HÖFFE, Otfried. **Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?**... Op. cit., p. 51.

características essenciais. Daqui derivaria o aspecto do necessário respeito ao indivíduo exigido aos demais, e que se concretiza na dignidade humana, o qual implica, entre outros, no rechaço à violência e à arbitrariedade<sup>54</sup>. Daqui também se deduziria a renúncia de todo poder punitivo à utilização da força e da coação arbitrária. A resolução dos conflitos, portanto, atendida esta essência humana, deve transcorrer pelos veios da racionalidade, que, no marco do sistema penal, adquire a forma do denominado *devido processo*. O mínimo desse devido processo transita pelas garantias fundamentais do direito à defesa, do princípio de presunção de inocência, da contradição e da imparcialidade do julgador, entre outros.

Outra nota a destacar nos seres humanos está intimamente relacionada com a liberdade. É certo que existem dificuldades para demonstrar tanto a existência como a inexistência de tal liberdade humana. Porém, parece admissível que todo ordenamento jurídico parta do pressuposto de que os sujeitos têm consciência de atuar livremente. Ou seja, tal como assinala Burkhardt<sup>55</sup>, a consciência da liberdade conforma uma parte fundamental da experiência comum da existência do ser humano, e tanto o ordenamento jurídico como o ético fundamentam suas bases sobre a pedra angular de tal consciência da liberdade. Ou seja, a relevância social da experiência da liberdade seria inegável, de tal forma que a maioria dos seres humanos procederiam em relação a suas ações sentindo que estas se submetem à sua vontade, pessoal e responsavelmente. Também desde a perspectiva da estrutura da linguagem é possível chegar à mesma conclusão, isto é, à ideia de um ser humano com consciência de gozar de liberdade no desenvolvimento de sua existência<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>55</sup> BURKHARDT, Björn. Op. cit., p. 98-99.

<sup>56</sup> Vives Antón fundamenta sua teoria do sistema penal com base em sua concepção significativa da ação, que por sua vez se baseia, entre outros, na filosofia da linguagem (VIVES ANTÓN, Tomas Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 214 e ss). Assim, assinala o autor que a existência da ação não depende só da intenção e da vontade do sujeito, mas que o tipo que a preside estará em grande medida vinculado ao seu significado segundo regras externas ao sujeito. Faz um símile com a linguagem: não só é necessário que o falante tenha intenção de dizer algo, mas que o que diz adquira um significado que os demais interpretaram pelo seguimento das regras gramaticais da linguagem. Em consequência, a capacidade da ação exige certa possibilidade de criar intenções e vontades, mas em troca a determinação da ação mesma não só depende da intenção, mas do código social estabelecido mediante o qual se extrai seu sentido e significado. Dessa forma (Ibidem, p. 320), pressuposto da ação para o autor é certa capacidade de eleição. “Pois do mesmo modo que as máquinas de calcular não calculam, as máquinas que emitem sons articulados não falam [...] ou, dito de outro modo, ao estar determinadas causalmente não atuam (nem calculando, nem falando, nem de nenhuma outra forma) e é gramaticalmente impossível que o façam [...] a realização de ações implica, por conseguinte, um grau de indeterminação causal que permita a escolha”. Em conclusão, o autor chega ao convencimento de que a liberdade é a chave da construção do sistema penal, de que a liberdade é, por sua vez, o elemento determinante, pressuposto, portanto, da ação. Se o ser humano fala e atua e se entende com os demais, é porque goza de liberdade (ou ao menos crê gozar dela).

Se o sistema jurídico e, por certo, também o sistema penal, partem de uma concepção da pessoa que ao menos crê desenvolver sua existência em liberdade, terão que considerar então que toda normativa deve regular a vida social partindo da ideia de capacidade de previsão do futuro dos indivíduos e dos grupos humanos. A possibilidade de antecipar mentalmente esse futuro, e de ordenar a própria existência conforme essa previsão é, sem dúvida, uma característica humana que tem que ser respeitada por todo ordenamento jurídico. Daí que, para que os indivíduos possam conformar sua vida de forma humana, necessitam que as leis que os governam os garantam a denominada *segurança jurídica*. A concreção da segurança jurídica no marco do sistema penal é denominada pelo Tribunal Constitucional colombiano como a legalidade dos delitos e das penas<sup>57</sup>. O que supõe não tanto que impere o princípio de legalidade em todo ordenamento punitivo, mas que se respeite que a norma jurídica sancionadora conhecida por todos anuncie a consequência de sua infração com anterioridade ao julgamento do comportamento transgressor do sujeito, venham um e outro determinados por lei, por precedente jurídico ou pelo direito consuetudinário.

Portanto, todo sistema penal que queira ser adjetivado como “humano” precisa assegurar a segurança jurídica de seus cidadãos, de tal modo que o castigo só poderá ser imposto quando, de uma ou outra forma, a expressão da norma jurídica possibilite que o sujeito tenha podido prever com anterioridade seu comportamento, as consequências perniciosas que poderia acarretar-lhe.

Também tomando em conta as mencionadas características da dignidade humana e da consciência da liberdade como substanciais na ideia de pessoa, chega-se a outra conclusão que já tinha sido anunciada: que nenhum ordenamento jurídico pode permitir a escravatura, o que suporia a negação do próprio ser humano.

Uma concepção do ser humano entendido como pessoa (conceito amplo que aqui se tomou em conta), por conseguinte, está representando um ente e organismo vivo cuja unidade reúne as características biológicas de sua espécie, que pode aspirar a decidir livremente, a ser tratado com respeito, a mover-se e expressar-se livremente, e a realizar infinitas ações intencionais que, em sua interação com os demais, são objeto de regulamentação pelas instituições jurídicas e sociais. Dir-se-á então que a construção social

---

<sup>57</sup> A Corte Constitucional colombiana estabeleceu a necessidade de que também na jurisdição sancionadora indígena impere o postulado da necessidade da legalidade dos delitos e das penas. Agora, como não podia deixar de ser, legalidade neste caso significa norma pré-existente à atuação delitiva e possibilidade de previsão das consequências jurídicas por parte do sujeito, nos termos que se assinala no texto. Nesse sentido, Sentença T-349/96 e outras muitas posteriores que a seguem.

de pessoa (ou ser humano em sentido amplo),<sup>58</sup> como objeto de proteção das normas jurídico-penais de conduta, é tomada em consideração porque seus direitos fundamentais podem transformar-se nessas múltiplas possibilidades reais de ação<sup>59</sup> e de situações de responsabilidade ante a norma<sup>60</sup>. De cada um dos elementos integrantes destas e de outras definições que aqui foram oferecidas, e que correspondem (mais ou menos), com uma imagem universal do ser humano, deriva uma série de garantias que podem ser afetadas, mas não anuladas por nenhum sistema penal sob nenhum pretexto de tradição jurídica em relação ao próprio entendimento de sua concreta política criminal. Esses mesmos direitos coincidem em essência com o catálogo do mínimo inviolável, que através de outra argumentação se tinha logrado compreender. Tal catálogo se circunscreve às garantias fundamentais do direito à vida, à integridade física e moral; à proibição da escravatura e da tortura; e ao respeito à legalidade dos *delitos* e das penas, bem como às regras básicas do devido processo. Isto constitui o fundamento último que deve tutelar todo sistema penal. Isto constitui, portanto, o fundamento intercultural do Direito Penal.

---

<sup>58</sup> Uma profunda explicação das diferenças conceituais destas categorias se encontra, como já ressaltai anteriormente, no trabalho de Günther, “Die Person der personalen Rechtsgutslehre”.

<sup>59</sup> Assim se expressam Amelung e Lorenz, Op. cit., p. 529.

<sup>60</sup> Se disse, e com razão, que os seres humanos adquirem a categoria de pessoas, entre outros, porque são suscetíveis a adquirir responsabilidades ante a norma jurídica. Neste sentido, JAKOBS, Günther. Individuum und Person Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung... Op. cit., p. 266; SEELMANN, Kurt. Anerkennung, Person, Norm... Op. cit., p. 644.

## REFERÊNCIAS

AMELUNG, Knut; LORENZ, Jörn. Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung. In: DANNECKER, Gerhard (Hergs). **Festschrift für Harro Otto**: zum 70. Geburtstag. Köln-Berlin-München: Heymann, 2007. p. 527-533.

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. Toward a cross cultural approach to defining international standards of human rights: the meaning of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. In: AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. **Human rights in cross-cultural perspectives**. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1991. p. 19-43.

APEL, Karl-Otto. Andersein, ein Menschenrecht? Über die Vereinbarkeit universeller Normen mit kultureller und ethnischer Vielfalt. In: HOFFMANN, Hilmar; KRAMER, Dieter (Coord.). **Andersein, ein Menschenrecht?** Über die Vereinbarkeit universaler Normen mit kultureller und ethnischer Vielfalt. Weinheim: Beltz Athenäum, 1995. p. 1062-1067.

ASHWORTH, Andrew. Human rights, criminal law and the principles of legal certainty and non-retrospectivity. In: ARNOLD, Jörg et al. (Hergs.). **Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser**: zum 70. Geburtstag. München: CH Beck, 2005. p. 49-60.

AVRIGEANU, Tudor. **Ambivalenz und Einheit**: eine Untersuchung zur strafrechtswissenschaftlichen Grundlagendiskussion der Gegenwart anhand ihre Bezüge zu Kants Philosophie. Baden-Baden: Nomos, 2006.

BERNARDI, Alessandro. **Modelli penali e società multiculturale**. Torino: G. Giappichelli, 2006.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. **El derecho consuetudinario indígena como mecanismo de reducción de la violencia en Latinoamérica**. (Inédito).

\_\_\_\_\_. Derecho indígena sancionador y derechos humanos. In: GIRAUDO, Laura (Ed.). **Derechos, costumbres y jurisdicciones en la América Latina contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 185-214.

\_\_\_\_\_. Derecho penal y derecho indígena: cuatro tesis. In: FLORES GIMÉNEZ, Fernando. (Coord.). **Constitución y pluralismo jurídico**. Quito: Corporación Editora Nacional, Instituto de Derecho Público Comparado, 2004. p. 111-152.

\_\_\_\_\_. ¿Existe el derecho penal indígena? **Conferencias Magistrales**, n. 13. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

\_\_\_\_\_. Globalización y concepciones del Derecho Penal. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 29, p. 141-206, 2009. Disponível em: <<https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4146/1/04.Borja.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

\_\_\_\_\_. Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena. In: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (Coord.). **Diversidad cultural**: conflicto y derecho. nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 259-372.

\_\_\_\_\_. Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. v. 1. p. 223-256.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica. In: BERRAONDO LOPES, Mikel (Coord.). **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006. p. 663-684.

\_\_\_\_\_. Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica In: **Derecho Penal y pluralidad cultural**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006-2007. (Anuario de Derecho Penal). p. 101-152.

BURKHARDT, Björn. Wie ist es, ein Mensch zu sein?. In: ARNOLD, Jörg; ESER, Albin. **Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser: zum 70. Geburtstag**. München: CH Beck, 2005. p. 77-100.

DANNECKER, Gerhard. Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin v. 117, n. 4, p. 697-748, 2006.

FALK, Richard. Cultural foundations for the international protection of human rights. In: AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. **Human rights in cross-cultural perspectives**. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1991. p. 44-64.

GÜNTHER, Klaus. Die Person der personalen Rechtsgutslehre. In: NEUMANN, Ulfried; PRITTWITZ, Cornelius (Coord.). **“Personale Rechtsgutslehre” und “Opferorientierung im Strafrecht”**. **Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, 104**. Frankfurt am Main: Lang, 2007. p. 15-39.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HASSEMER, Winfried. Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts. In: HÖFFE, Otfried. **Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. p. 157-180.

HERSCH, Jeanne. **El derecho de ser hombre**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1973.

HÖFFE, Otfried. **Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

JAKOBS, Günther. Individuum und Person Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 117, n. 2, p. 247-266, Nov. 2005.

KAWAGUCHI, Hirokazu. Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht: Eine Einführung. In: ARNOLD, Jörg et al. (Hergs.). **Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser: zum 70. Geburtstag**. München: CH Beck, 2005. p. 139-148.

KÜHL, Christian. Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 116, n. 4, p. 870-890, Dec. 2004.

MERLE, Jean-Christophe. **Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus**. Berlin: De Gruyter, 2007.

MÜLLER-DIETZ, Heinz et al. (Hrgs.). **Festschrift für Heike Jung: zum 65. Geburtstag** am 23. April 2007. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007.

- MUGUERZA, Javier et al. **El fundamento de los derechos humanos**. Madrid: Debate, 1989.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. (Dir.). **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.
- NUOTIO, Kimmo. Criminal law of a transnational polity. In: MÜLLER-DIETZ, Heinz et al. (Hrgs.). **Festschrift für Heike Jung**: zum 65. Geburtstag an 23 April 2007. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 685-698.
- ROULAND, Norbert (Dir.). **Derecho de las minorías y de los pueblos autóctonos**. Traducción de Isabel Vericat Núñez. México: Siglo XXI, 1999.
- SCHISCHKOFF, Georgi (Coord.). **Philosophisches Wörterbuch**. 22. Aufl. Stuttgart: A. Kröner, 1991.
- SEELMANN, Kurt. Anerkennung, Person, Norm. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (Hrgs.). **Festschrift für Günther Jakobs**: zum 70. Geburtstag. Köln: C. Heymann, 2007. p. 635-644.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades occidentales. 2. ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001.
- STRATENWERTH, Günter. **Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft**. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1993.
- TOMUSCHAT, Christian. **Human rights**: between idealism and realism. Oxford: Oxford University, 2003.
- TULKENS, Françoise ; BEERNAERT, Marie-Aude. Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l'homme? In: MÜLLER-DIETZ, Heinz et al. (Hrgs.). **Festschrift für Heike Jung**: zum 65. Geburtstag an 23 April 2007. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 1005-1020.
- VASAK, Karel. **Las dimensiones internacionales de los derechos humanos**. Barcelona: Serbal, 1984.
- VILLORO, Luis. **Estado plural, pluralidad de culturas**. México: Paidós Iberica, 2002.
- VIVES ANTÓN, Tomas Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- \_\_\_\_\_. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico. **Lusíada**, Lisboa, v. 2, n. 4-5, p. 157-187, 2007.
- WELZEL, Hans. **Naturrecht und materiale Gerechtigkeit**. 4. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.